

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

LOS DERECHOS PERSONALÍSIMOS(*) (1090)

TEORÍA GENERAL

SANTOS CIFUENTES

SUMARIO

Capítulo I: Importancia y actualidad. 1º Materia que tratan y su carácter jurídico. - 2º Circunstancias de la actualidad. - 3º Efectos niveladores. - 4º Insuficiencia de las normas de derecho público. - 5º Los hechos, la jurisprudencia y la doctrina. - Capítulo II: Conceptos de derecho subjetivo, persona y personalidad. 1º Relación e institución jurídicas. - 2º Los derechos subjetivos. - 3º La persona o sujeto. - 4º La personalidad. - Capítulo III: Naturaleza jurídica. 1º Existencia jurídica. - 2º Naturaleza jurídica de los derechos personalísimos. - 3º Los contrarios y su refutación. 4º El problema del objeto. - Capítulo IV: Caracteres. 1º Son derechos innatos. - 2º Son vitalicios. - 3º Son derechos necesarios. - 4º Son derechos esenciales. - 5º El objeto es interior. - 6º Son derechos inherentes. - 7º Son derechos extrapatrimoniales. - 8º Son derechos relativamente indisponibles. - 9º Son derechos absolutos. - 10º Son derechos privados. - 11º Son derechos autónomos. - Capítulo V: Denominación. - Capítulo VI: Definición. - Capítulo VII: Sistemas, clasificaciones y contenido de los derechos personalísimos. 1º Los sistemas unitarios. - 2º Sistemas plurales. - 3º Las patentes de invención, marcas de fábrica y razón social. - 4º El llamado derecho moral de autor. - 5º El nombre. - 6º Los derechos del hombre y del ciudadano. - 7º Enumeración y agrupamiento admisibles.

CAPÍTULO I: IMPORTANCIA Y ACTUALIDAD

1º Materia que tratan y su carácter jurídico

La vida, el cuerpo, la libertad, el honor, la intimidad, la imagen, el secreto, el nombre, la creación del autor, son para muchos asunto propio de los derechos personalísimos. La enunciación no más, que habrá más adelante que depurar, inspira un profundo respeto. No hay cuestiones más considerables, de más clara esencia. No sólo para el individuo en

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

cuanto tal, sino también en tanto integrado en la sociedad. El hombre es primero individualidad; uno inconfundible. Además, y al mismo tiempo, participe. La sociedad decae cuando no se respetan todos y cada uno de sus miembros. Cuando aquel sentido primordial de ser uno está desconocido, cuando la personalidad es atropellada. En tal caso se desea masificar y el producto es la masa, no la sociedad; la pasiva soldadura de una comunidad sin espíritu ni carácter. Llamo masa al cuerpo y volumen de un todo indiferenciado, un compuesto manejable e igual a cualquier otro. La sociedad, en cambio, tiene singular modo de ser, unitario sí, pero no fungible. La sociedad es un todo, unidad diferenciada de la suma de los componentes, pero cuanto mayor es la determinación y respeto de las personalidades sin que se llegue a la destrucción del todo, más caracterizada y fuerte será la sociedad; con sello indeleble por la fortaleza de los miembros que le dan ser y unidad. La masa es débil como los miembros que la componen; es masa porque aquellos no cuentan, son objetos inestimados al servicio del prepotente. A la comunidad, entonces, le interesa el aprecio de las partes. De ahí que, aquellos asuntos propios del hombre en cuanto ser repercuten inevitablemente en el ser social. Importan por igual al todo y al individuo. Habrá que ver, ahora, si la materia enunciada arraiga en la norma y en la ciencia del derecho, para comprender su trascendencia jurídica y la justificada inquietud por estudiarla.

Todo ordenamiento es un centro con enlaces. Es orden; es organización organizada para algo. Y en el aspecto jurídico, para alguien. Ese alguien da contenido y fundamento a los esquemas, medios y fines que estructuran el orden. Dado que el ser humano establece el derecho para satisfacerse, es dable pensar que es el "alguien" del sistema, el punto de referencia, el eje del ordenamiento implantado.

He aquí, pues, la justificada proyección de la frase de Castán Tobeñas: el hombre es eje y centro de todo sistema jurídico. Si es eje y centro, debe tener una esfera de actuación que le pertenezca; como persona de derecho un campo propio para actuar. De lo contrario no lo sería, y más que asiento y motivo principal de la norma que él crea pasaría a convertirse en simple abrazadera de la cadena. Lo que significaría verlo esclavo por obra de su propia criatura. Descartada la esfera de actuación propia habría algo pero no alguien; ya no se podría hablar de eje, centro ni persona.

Carecería de proyección jurídica individual porque la actividad autodeterminada en la esfera, exterioriza al ente que no es estático sino dinámico, y pone al desnudo la aptitud; un valer por sí y hacerse valer con relación a los otros dentro de la sociedad.

Eje y centro del sistema, con esfera de actuación propia, debe tener medios de defensa y protección de los bienes que el derecho contempla. Los enunciados no pueden faltar porque hacen al ser y a la posibilidad; luego, a la posibilidad de ser, ya que no hay ser jurídico sin posibilidad.

La vida, el cuerpo, el honor, etc., tienen condición de inherencia. Están dentro del campo en que el eje y centro proyecta los primordiales

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

movimientos no impuestos; su actividad autodeterminada. Yerguen estatura constitutiva del ente. En la esfera jurídica son inseparables de la persona y tienen directa trascendencia social.

2° Circunstancias de la actualidad

Se palpa hoy un sentir general que, con empuje y hasta atropelladamente, modifica los conceptos de antaño. Golpea el ánimo de los jurisperitos y los impele, aunque sea de soslayo, a dirigir una mirada comprensiva, cuando no franca, muy a pesar de prejuicios, anacronismos y pruritos estructurales de la lógica y de los procedimientos. No es fácil la batalla frente a una mentalidad repleta de esquemas. Pero la doctrina de los derechos personalísimos adquiere gigantesca difusión, se presenta como una necesidad imperiosa del momento.

Habrá que aceptar que responde al reordenamiento actual de las ideas. He aquí una frase de Spencer que lo demuestra, vertida a fines del siglo XIX, o sea, luego de correr el agua durante miles de años bajo los puentes: "hemos llegado ya (el subrayado es mío) al estado en que se asimile la persona de cada hombre a un territorio que nadie debía violar, y consideramos como delito todo acto capaz de acarrear la violación del mismo".

Se levanta cada vez más alta y visible la bandera del respeto por la persona humana. Se la erige como valor fundamental de nuestra época. La legislación individualista del siglo pasado denotaba una preocupación exagerada por los valores patrimoniales. Quedaba sumergido en la penumbra el aspecto ético y se realzaban las prerrogativas económicas. Dijo H. E. Perreau, a propósito del Código Napoleón: "Es demasiado severo, sin duda, llamar Código de los ricos a una ley igualitaria como nuestro Código Civil, pero sería bueno evitarle también el reproche de no ser más que el Código de los bienes"(1)(1091).

El hombre, por obra de su criatura, o, mejor dicho, obra propia, se colocaba fuera de la concepción jurídica; se había olvidado de sí. Le vino ahora el turno de recordarse, interiorizarse y proyectar su ser en la norma, su yo frente a los otros. Y fue la acelerada evolución técnico - científica del mundo, uno de los precipitados que lo hicieron rectificar aquella orientación materializada y utilitaria; enaltecer su esfera y mismidad. Enfrentado el hombre a fuerzas regresivas, masificadoras, opone el escudo de derechos esenciales para el respeto de su condición humana y libre.

Los derechos personalísimos son una defensa de reconocida trascendencia. Negarlos hoy implica permitir que se violen. Sería desconocer la dignidad de la persona. Omitirlos impediría el avance por el camino de la libre y necesaria expansión. La persona quedaría inerte en la portada del tercer milenario, frente a la tecnología de la era atómica, lo que, quizá, produciría su destrucción total. Tecnología que no combate, me atemoriza ni considero mala, pero que,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

insospechadamente, puede perjudicar al ser desprevenido que carezca de las defensas eficaces.

Prevalece en estos tiempos, en la trayectoria del derecho objetivo, el aspecto personal sobre el económico, lo que surge de la solución de cualquier conflicto. Puestos en pugna uno de los derechos de la personalidad con otro de tipo pecuniario, así: la vida, el honor o el cuerpo, frente a un contrato o a la prestación en dinero, se descarta el resultado favorable para los primeros y la ineficacia de los segundos. Ante el resguardo de aquéllos va perdiendo fuerza, inclusive, la consabida máxima: *pacta sunt servanda*. La mayor importancia para el individuo proviene de la cercanía e intensidad del vínculo. El estudio atento de la materia lleva a renegar del concepto, según el cual, en el derecho civil, tiene primacía en forma absorbente el aspecto patrimonial. Ello sin perjuicio de que los bienes tutelados tengan también incidencia en dicho aspecto, conforme a la evolución legislativa y jurisprudencial del momento. La personalidad no es una mera potencia idónea para los negocios. Muchos son los valores del hombre que se ponen en juego. Como ha dicho Doménico Barbero, tan limitados son nuestros talentos para conocer el todo, que la especialización es hoy base del progreso. Pero nadie que se ocupe de conocer la verdad o una parte de ella, puede despreocuparse, en el acto mismo en que indague una rama del conocimiento, de elaborar sus principios fundamentales, tanto para mantener el vínculo con el tronco, como para vigilar, a medida que se procede, la derivación de la rama(2)(1092).

El especialista en derecho debe transitar por esa vía. Frente al hombre, realidad integral, tendrá que deslindar los momentos personales, o, mejor aún, personalísimos, de los utilitarios. Aquellos constituyen el *mínimum indispensable* del contenido de la misma personalidad. Son parte del todo. He ahí por qué se dice que son esenciales. De nada valdría asegurar el señorío con respecto a las cosas (derechos reales) o a las otras personas (derechos de crédito y de familia), si, a la vez, no se tutelara a la propia en el resguardo de sus elementos más importantes.

Van presentándose, pues, como el límite; como la barrera intangible, erigida por la norma, que asegura el respeto de la persona. Ultrapasada, es avasallarla y condenarla al fracaso; al horror de la violación; al quebrantamiento de su ejercicio, o sea, de la libertad individual. Estaría desconocida la persona, pues no basta atribuir una aptitud jurídica, sin el reconocimiento de derechos particularmente calificados, con respecto a esa misma aptitud; como su soporte o apoyo; como la medida mínima del campo de actuación. Derechos que explican la transferencia de la persona humana al plano jurídico; aseguran la efectividad de su valor e impiden que se murmure como una estéril fórmula.

El vacío de los ordenamientos antiguos, en el fondo, no importaba más que una estructura espiritual de la sociedad que merecía evolucionar y perfeccionarse. Por otra parte, no era todo negación. En el subsuelo de las omisiones, de las lagunas e ignorancias, se vislumbraba un respeto parcial y mudo, simulado. Caso contrario, la violación abierta y

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

sistemática hubiera implicado el caos, el hombre destruido por el hombre.

El mundo contemporáneo se ha visto sacudido por la crisis (permítaseme pasar de largo frente a esta palabra cargada de contenido, que no expreso con el dedo acusador), y, en ella, aparecieron portadores de ideas que menospreciaron al hombre y lo violaron. Con pretextos diferentes dieron al Estado una supremacía aniquiladora. Ello preocupa al legislador civil, porque también le corresponde hacer hincapié en los derechos de la persona, o sea, del hombre en su humanidad rebelde a toda estandarización. Vale la pena recordar las palabras de Arnold J. Lien citadas por los Mazeaud, a propósito de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre: "no resulta sorprendente que, conmovida de horror por las indecibles atrocidades de que se han tornado culpables recientemente ciertos regímenes, al utilizar todos los medios de destrucción de la ciencia y de la técnica modernas, la humanidad haya reclamado, a voz en grito, una declaración internacional de los derechos del hombre"(3)(1093).

Dijo Barbero: "No somos, ciertamente, nosotros los primeros que hemos experimentado, en la historia de la humanidad, el odioso lenguaje y el intolerable atropello del despotismo político. Pero somos nosotros quienes, salidos recientemente del último de tales experimentos y todavía enredados en la pavorosa herencia de su trágico epílogo, sentimos más en lo vivo su dentellada cruel, en el espíritu y en la carne: nosotros, por con siguiente, somos quienes debemos sacar de él las conclusiones y ponernos a la búsqueda de una puerta de escape"(4)(1094).

Creo, sin embargo, que no debe darse a esas temporarias calamidades preponderancia única en el fundamento de la reacción, ni siquiera superlativa; la nueva sensibilidad responde, también, a un paso más en el progreso. ¿Acaso son olvidables los tiempos de la esclavitud, de los siervos de la gleba y la muerte civil?, ¿las masivas atrocidades que ha sabido cometer el genio malo del hombre con sus semejantes? Recién ahora, sin embargo, se identifican y declaran, al margen de la raza, nacionalidad, religión o clase, los derechos del hombre. Se oye un latido más vivo por su respeto. Avance que prueba la incontenible vocación de perfeccionarse Varios; entonces, son los motores de la actual tendencia. La transformación de las ideas y de la sociedad no deben echarse en saco roto. La compleja trama de la vida moderna, el progreso de la era atómica a punto de entrar en el tiempo cósmico, aumentan las ocasiones, hacen más sutiles o refinados los medios aptos para lesionar a la persona. El aceleramiento de las comunicaciones acerca a todos los terráneos, los unifica, y expande la alarma por algún hecho insólito, así como la noticia de las inquietudes humanas se generaliza y encarna rápidamente un sentimiento de repudio y un deseo de impedir el ataque. Algunas consecuencias de la evolución técnica, en la cara opuesta, pueden traducirse en mayor positivismo, pugnas y dureza; en tipos standard. Así, por ejemplo, con respecto a la intimidad se cuenta con

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

propagandas y medios antes desconocidos; con nuevas formas para perturbar. Por un lado, pasos en el avance, refinamiento de las ideas. Por el otro, mayores ocasiones de ataque. Sin descartar, pues, el adelanto del hombre en el camino del progreso, circunstancias de la época aceleran el pulso, refinan la percepción para captar la necesidad de todo paso dado hacia el respeto del individuo. Ello es saludable y necesario. Los nuestros son tiempos de búsqueda. Tienen, como en toda crisis, los puntos de mira en el futuro. No hay conformidad con el ahora y, por ello, se avanza. Son tiempos de metas sólo vislumbradas. El disconformismo y la inseguridad, la penumbra de lo inestable, dudas, conflictos, desacuerdo, se transforman calladamente en los motores del progreso. La conformidad y el contentamiento implican la quietud, el orden, pero también quedarse. Quedarse no es otra cosa, para el hombre, que atrasarse, porque por naturaleza aspira al progreso. Estos tiempos, como los del renacimiento, son contrarios a la estática. Se plasman de un dinamismo interrogador. La inseguridad ambiente empuja hacia el avance. ¿Qué habrá más allá?, se pregunta el caminante que busca un refugio y está en la cuesta de la colina. Se ha propuesto escalarla porque necesita de su propio horizonte. Y, en el ejercicio de la subida, dificultosa por las matas y las piedras, en veces fatigada, fortalece sus miembros y sus órganos.

Así ocurre con la humanidad en crisis. Algunos aspectos de dicho fortalecimiento van apareciendo hasta afirmarse totalmente. Como éste, de los derechos personalísimos, que amuralla, vitaminiza al hombre.

Lo ha advertido García Venturini, quien con sagacidad señaló que nuestra generación ha asistido y asiste al espectáculo que ofrecen los regímenes tiránicos más terribles de todos los tiempos, con su negación minuciosa y completa de todos los atributos que hacen a la dignidad del hombre. "Sin embargo, paradójicamente, crea día a día - y ya ha alcanzado un nivel sin precedentes - la conciencia de la intrínseca dignidad de la persona humana - hasta la expresión misma de nuestra época - y a pesar de sus negaciones y mutilaciones nunca se han proclamado con mayor nitidez y convicción los derechos, y también los deberes, que conforman la trama íntima de aquella condición trascendente y hasta se ha luchado duramente por ella. Casi diríamos que nunca hasta hoy, la dignidad humana - la de cada uno - ha sido propuesta como programa concreto de significativos sectores políticos, en reemplazo de los variados mitos seudofines que han ocupado - y ocupan todavía, por supuesto - el lugar de aquel objetivo fundamental"(5)(1095).

No cabe duda de que se debe reforzar la armadura jurídica del hombre, por medio de los derechos esenciales de la persona. Es una urgencia insoslayable que las circunstancias del progreso y el devenir de los hechos imponen. Procurar que el sentimiento de nobleza individual, tan proclamado hoy, no muera por indiferencia, o ahogado en la era tecnológica.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

3° Efectos niveladores

En la pugna entre los intereses generales y particulares, los derechos civiles de la personalidad juegan un sólido papel conciliador.

La tendencia corriente carga sus tintas en el acrecentamiento de la cohesión y fuerzas colectivas; de las aspiraciones comunes. Hay atento cuidado por el estado social; complacencia en los objetivos compartidos; por lo que, también, se ha llamado vida comunitaria. El derecho se nutre de una visión sociológica e impregna a las instituciones de un fuerte sentido general, subordinando, en veces, la conveniencia individual a las miras del conjunto.

Pero ya se ha visto que ninguna respuesta puede ni debe ser absoluta, en tanto que referida a uno solo de dichos intereses. Ellos se deben el uno al otro. Se compenetran; dependen recíprocamente. El éxito está en el término medio, aquel punto que no descuide al individuo ni a la sociedad. El totalitarismo es producto de una violación: la del hombre individual; el individualismo de otra: la de la sociedad en su presupuesto, el hombre social. Allí donde el individuo desaparece de la escena, como si no existiera, no hay más que amorfa masificación. Se pierde la libertad, la fuerza propia, y el destino querido; la sociedad endeble con miembros - nada. Allí donde el hombre acrecienta los poderes hasta someter a su egoísmo el mundo circundante y la debilidad del prójimo no defendido, pierde a su vez fuerza la unión; se pulveriza. El hombre se hace egocéntrico y decae el verdadero sentido de la justicia.

Los derechos personalísimos favorecen el término medio. Cuando se afirma, como hoy, la primacía del interés general, gracias a ellos queda a salvo la persona. La conciliación de los dos intereses es un modo de preservar la dignidad. Al tiempo de consagrarlos se deben ampliar las facultades apreciativas de los jueces, a fin de evitar la exacerbación de los egoísmos individuales.

Juegan, en consecuencia, un papel de resguardo y garantía, pero si están legalmente formulados, el juzgador podrá impedir la autodestrucción y el comercio del hombre, que no son más que modos de enaltecer exageradamente el momento personal, en detrimento de los bienes generales de la sociedad. Por el juego del reconocimiento legal, expreso y acertado, vienen a convertirse en un factor importante para coordinar los intereses comunes y particulares.

Pero, aun dentro del propio campo juegan otro papel nivelador: el de ser límite a las desigualdades jurídicas, resguardando una base cierta a todo ser humano.

Es innegable que, en el radio jurídico personal, los ámbitos son diversos conforme a la distinta posición que se ocupa. No es igual la esfera de posibilidades que corresponde al padre con relación a la del hijo; del menor y del mayor; del casado con la del soltero; del dependiente y del patrón; del director y del accionista; del monje, militar o civil conscripto o penado. Hay diversidad de grados, jerarquías y situaciones. De ahí proviene dicha desigualdad, que no es inconstitucional porque depende

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de los variados modos jurídicos preestablecidos; de la diferente situación y circunstancia, reguladas con similitud para todos los que están o se colocan en ellas. Pero no pueden extenderse a los bienes ínsitos del individuo, que producen la nivelación regulativa, cualquiera sea el status. Es decir que, frente a las disímiles esferas jurídicas del hombre según el plano de su lugar en el derecho, hay un nivel en donde plasma el verdadero antro de la igualdad. Ese nivel lo dan los valores connaturales del ser humano. Es un *mínimum* que no admite *exceptio*, distinciones. Olvidos ni diferencias según el orden total y particular: los derechos personalísimos, base que parifica a todos por el hecho de ser personas(6)(1096).

4° Insuficiencia de las normas de derecho público

Puede pensarse que un tratamiento especial y privado está de más. Que es suficiente el derecho público. Bastarían las leyes administrativas, penales y constitucionales. Los principios, derechos y garantías, la tipificación represiva y los mandatos del Estado en procura del bienestar general, agotarían el tema descartando todo otro tipo de análisis. Importa esto sostener que no hay necesidad de introducir "derechos", porque es suficiente captar "delitos" contra la personalidad, deberes no impedibles y ampararse en las bases genéricas y abstractas de orden constitucional. Algo parecido sostuvieron Windscheid y Arndts(7)(1097).

En nuestros tiempos, Santoro - Passarelli consideró que la tutela de la personalidad por medio de la atribución a los particulares de derechos subjetivos ("*cosiddetti diritti di personalitá*"), es secundaria con respecto a la meramente objetiva realizada por el ordenamiento de derecho público(8)(1098).

La latente difusión doctrinaria demuestra lo contrario. Se discuten, respetan y violan esos derechos. La justicia debe intervenir frecuentemente. Su estudio, por lo tanto, no es superfluo. La protección constitucional, sobre las libertades individuales, es general y abstracta. De alcance indeterminado. Deja, además, al margen la defensa contra los ataques de los particulares. No organiza la protección específica, más o menos completa, del individuo frente al individuo, ni el vínculo jurídico y privado en el que se ponen en juego elementos personalísimos. Aun, con respecto a los actos agresivos del propio Estado o de los poderes públicos, puede resultar vago el amparo constitucional.

El derecho penal tiene, por su parte, estrecho campo. Su objeto está expresamente limitado. Además, la doctrina prevaleciente de la tipificación delictiva acorta las miras. Muchos aspectos escapan a su ámbito. Le son ajenos.

El derecho civil, en cambio, juega dos papeles importantísimos: da pie para construir una doctrina abarcadora, y completa y perfecciona la red que protege al hombre. A través del desenvolvimiento sobre el delito y la pena, no es posible sentar bases que sirvan de apoyo a los variados y

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

múltiples intereses humanos; a la defensa total de la persona; a la solución íntegra de los conflictos, que derivan de la infinita gama de relaciones jurídicas. El campo privado se presta para las soluciones integradoras. Puede dar una razón universal como fundamento y punto de partida; un sustento de postulados primarios que ayude para resolver cada caso, corrija imperfecciones y llene los naturales vacíos de los otros órdenes jurídicos, los cuales están encasillados con más o menos intensidad.

Si se examina las ramas del derecho que pueden tocar con mayor o menor acercamiento a la personalidad, queda despojada de toda vacilación la idea de construir una superficie estable de principios; un asiento filosófico. Pero, además, resalta el contacto con el derecho privado.

El propio Adolfo Ravá, en 1901, decía que es un asunto determinado y preciso, pero que no es fácil ubicar. Se reúne por el origen de la historia del derecho, y encuentra su aplicación en el civil, comercial, penal (agrego: constitucional, administrativo, laboral), tocando también, más o menos directamente, otras ramas de la enciclopedia jurídica. Envuelve cuestiones amplísimas y fundamentales. Sólo puede darse una solución científica, una noción exacta de la personalidad jurídica y sus presupuestos psicológicos; una clara visión de las relaciones entre moral y derecho, y, sobre todo, una conciencia segura de la constitución y de los elementos del derecho subjetivo, piedra angular del actual edificio jurídico, por medio del grupo de estudios que, aparte su incertidumbre y discusión, se suelen bautizar por filosofía del derecho. Esta disciplina no puede abarcar toda la cuestión, pero la toca siempre al flanco y puede marcar el signo de su desenvolvimiento(9)(1099).

Y aún, más. Hoy se extiende la materia al derecho internacional. En el examen de la relación entre el individuo y el derecho de gentes, surgen estructuras nuevas que requieren una óptica antes desconocida. El individuo empalma con la comunidad internacional y el derecho correspondiente. Está considerado como el beneficiario de la acción común. Así, "los crímenes de guerra", son para Oppenheim, actos violatorios del derecho internacional ("acts contrary to International law"); lo mismo el homicidio, el saqueo... las "acciones criminales contrarias al derecho de la guerra cometidos por orden del Estado enemigo"(10)(1100).

Queda dicho que no hay rama jurídica que escape a los contactos con la personalidad y su derivaciones, porque no hay rama jurídica que pueda considerarse desentendida del hombre. Además, por sobre todas, la filosofía desvela la trascendencia universal de la materia.

No puede dejar de comprenderse, entonces, la necesidad de edificar un concepto privadístico, comprensivo y aplicable en particular. El derecho constitucional es abstracto y, además, maneja con preponderancia materia publicística, dejando de lado la integridad del fenómeno jurídico individual. El derecho criminal, el procesal, el administrativo, el laboral y el internacional, tienen su marco que imposibilita extenderlo a dicho

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

fenómeno, so pena de salirse de los carriles propios. El constitucional aporta algunos principios generalísimos. Los otros, dada su cuadratura infranqueable, son notoriamente insuficientes. El derecho civil, en cambio, cuyo objeto es la persona en cuanto tal, desde antes de nacer hasta más allá de su muerte, sin tener en cuenta sus actividades específicas, o sea, sin considerarla desde el punto de vista de tales actividades, es la rama más apropiada para llenar las lagunas, hacer un tratamiento íntegro y darle sentido universal, con base filosófica.

Valerio Campogrande, si bien partiendo de una doctrina embrionaria y que hoy puede considerarse superada, contestó al escepticismo de Savigny, Windscheid y Arndst, con esta pregunta: "¿Cómo puede llamarse inútil la investigación de su existencia autónoma y aplicaciones, siendo así que aun los que niegan la utilidad afirman que son base de los demás derechos?" No son inútiles, respondía, cuando no se tratan de meras facultades, sino de verdaderos derechos, que ocasionan relaciones jurídicas. "Sería ocioso ocuparse a título de curiosidad del derecho de comer o del de ayunar, de beber vino o de abstenerse de él, de velar o de dormir, de pasear o estarse quieto; pero es útil, y aun diré más, necesario, estudiar el campo filosófico y penal del derecho a la vida y a la integridad corporal, el derecho al honor, el derecho de morir, etc. Igualmente útil y necesario es, en el sistema del derecho privado, una teoría que, demostrando la existencia autónoma y naturaleza del jus in se ipsum, estudie sus más importantes aplicaciones". Y, más adelante: si muchas instituciones tienen su fundamento en el derecho sobre la persona propia, basta para demostrar la utilidad teórica de su estudio. El estudio de aquellas "quedaría incompleto y en el aire si no se emprendiera el de su fundamento, conociendo el cual puede penetrarse en el espíritu de las normas legislativas, y el cual puede servir como hilo conductor en los laberintos de la práctica"(11)(1101).

Últimamente, solemnes declaraciones internacionales hacen un llamado a la creación legislativa interna de los Estados. Demuestran que, después de las dos grandes guerras, son insuficientes las previsiones de tipo constitucional.

En 1929, el Instituto de Derecho Internacional de Nueva York, formuló una en los siguientes términos: "Es deber de todo Estado reconocer a todos los individuos el derecho igual a la vida, a la libertad, a la propiedad, y de acordar a todos, sobre su territorio, plena y entera protección de este derecho, sin distinción de nacionalidad, razas, lengua o religión". Cabe señalar la terminología empleada: "Derecho igual a la vida, a la libertad . . ."; y la equiparación con el derecho a la propiedad.

Pero se destaca especialmente, como punto de partida, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, del 10 de diciembre de 1948. Invitó a los gobiernos para que se esfuercen por desarrollar el respeto de estos derechos y libertades, y asegurar "por medio de medidas progresivas el reconocimiento y la aplicación universales y efectivos". Diversos fueron los antecedentes y las declaraciones posteriores. Entre las inmediatamente anteriores, merece destacarse la de la Conferencia

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de Bogotá, del 2 de mayo de 1948. En el 4º considerando, luego de señalar que el movimiento constitucional de los pueblos americanos ha dignificado la persona humana, dice que la consagración de los derechos esenciales del hombre unida a las garantías ofrecidas por el régimen interno de los estados, "establece el sistema inicial de protección que los Estados Americanos consideran adecuada a las actuales circunstancias sociales y jurídicas, no sin reconocer que deberán fortalecerlo cada vez más en el campo internacional, a medida que esas circunstancias vayan siendo más propicias"(12)(1102).

Los párrafos que he subrayado muestran que, si se trata de un sistema inicial, no se lo consideró completo para esas circunstancias, las de su tiempo, 1948, y se propendió al fortalecimiento interno. Inicial porque está en los inicios, en los primeros pasos. Hay muchos otros modos de completar el camino, tener por cumplida la tarea y poder hablar de un sistema final o definitivo. La Declaración ponderó el régimen constitucional, pero señaló que era el comienzo solamente. Deben tomarse otras medidas. Es más, se obliga a los Estados miembros en tal sentido. Al reconocerse la necesidad del fortalecimiento en el campo internacional, por vía indirecta se reconoce que debe darse mayor fuerza nacional. Aquél depende, en su aplicación concreta, de éste. ¿Habrá mayor hibridez que una serie de normas y declaraciones internacionales encaminadas a un objetivo preciso, pero solas frente a la negativa sorda o al descuidado vacío de la legislación interna de los estados?

5º Los hechos, la jurisprudencia y la doctrina

Se ha dudado de que repercuta efectivamente en el mundo fáctico. Sería tanto como una mera *speculatio*; construir la teoría sin más fin que construirla. Este escepticismo tiene la contrapartida de desconocer que aquel mundo de los hechos, en su sentido captable por el derecho, aporta datos que demuestran su utilidad; que la fecundan. Si no existieran situaciones reales (momento estático), movilidad y flujo sobre ellas (momento dinámico), carecería de sentido práctico.

Sin embargo, una mera ojeada encontrará pronto el ámbito vital jurídicamente relevante, que corresponde a los derechos personalísimos. Los bienes que preservan están a la vista. No por adheridos al hombre menos comprometidos con los actos, y, por ende, expuestos a la conexión de hombre a hombre. La vida es compleja y es activa. Compleja porque abraza por sí muchas cosas. Activa porque se desplaza y, en todas las direcciones posibles, va actuando con sus atributos o propiedades. Pero, además de contraria a lo simple y quieto, es interna y externa; para adentro y para afuera. El portador de la vida es sociable por naturaleza, se vincula y se comunica. Luego, todas esas cualidades de complejidad, actividad, interioridad y exterioridad, tendrán que aparecer en las manifestaciones vinculatorias; tendrán parte, rol en el origen, modo, efectos y término de los enlaces o interferencias intersubjetivas (al decir de Cossio). De ellas se nutre lo jurídico privado. Imposible es, pues, descartar a los bienes esenciales de la vida, aun a la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

propia vida, del conjunto de los hechos que el fenómeno jurídico vigila, desarrolla y absorbe. En la variedad de los enlaces, aquéllos también, y por fuerza, serán materia vinculatoria con más o menos exclusividad. Resalta así el vasto universo de los hechos que son carne de la teoría de los derechos personalísimos;

Cualquier fórmula que se use para explicar la personalidad, aun la puramente formal, crítica o neocrítica, ha de producir graves consecuencias en los movimientos o direcciones de la vida. La negativa o la afirmativa, habrán de repercutir, indudablemente, en todo el panorama interior y exterior, complejo y activo del hombre.

Campogrande daba una serie de ejemplos que fundaban su teoría. Algunos derivados especialmente de ella y que ya no juegan el mismo papel sostenedor. Hoy, la cantidad es mayor, casi inabarcable. Decía que los hombres disponen "en varias formas y medidas de su persona, física o psíquica. El trabajador pone a disposición del capitalista la energía de sus brazos" ". . . desde el escritorio hasta la mina. El delincuente, después de cometer el delito, se expone a sufrir una pena corporal. El hombre honrado que se ve ultrajado, pide a su difamador la prueba de los hechos y busca la solemne reafirmación de su honor en la publicidad de un juicio que, a veces, sin embargo, puede serle adverso. El ciudadano se alista voluntario en una expedición militar, y va a buscar la muerte en el campo de batalla" (como en nuestros días el reportero del diario La Nación, Ignacio Ezcurra, en el territorio del Vietnam). "El domador juega su vida entre las fieras. El funámbulo arriesga su vida sobre una cuerda. El aeronauta la confía a un frágil globo. El explorador se expone a innumerables riesgos y peligros por beneficio de la ciencia. El ayunador pone en crisis la resistencia de su organismo. El médico, para curar a otros sus enfermedades, sacrifica su propia persona y a veces halla la muerte cuando devuelve a otro la salud y el bienestar. El artista, el literato, el científico, disponen de su inteligencia y cultura en favor, ya de una sola persona, o de todo el público. El que se bate, busca en las armas la satisfacción de su honor ultrajado, y quizá sea muerto. El vencido en la incesante lucha por la vida quiere aniquilar su existencia, hallar un asilo contra las persecuciones de la suerte y de los hombres"(13)(1103). Y el moribundo dona su corazón o sus riñones, o la córnea de su próximo cadáver; y aquel funámbulo contrata su propia actividad lindante con la muerte; y el boxeador se compromete a exponer el cuerpo a los golpes y lesiones, así como a lesionar el de otro; y el fotógrafo o el cameraman de cine y televisión, se apropian de una imagen personal; y la ama de casa ve que la espían en el interior de su habitación; y el artista o el notable, o aun el simple ciudadano, se ven publicitados por la prensa, por la radio, o por la imagen, para la propaganda u otros motivos; y la voz del gran cantante es grabada clandestinamente; y el secreto de una epístola es publicado, y etc., etc. Habría que repetir con Campogrande: "estos ejemplos podrían multiplicarse".

Una última pregunta: el orden civil, al cual le toca tratar sobre la persona

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

y sus derechos ¿está al margen de tantos y tantos hechos y actos? ¿No hay "pisca" de juricidad en ninguno de ellos? o, en todo caso ¿tampoco de privaticidad?

Basta pensar en la dinámica, aplicable al ser humano como persona jurídica, y, entonces, se ve claro que no sólo la teoría repercute en las manifestaciones físicas (disposición del cuerpo y de la persona) y espirituales (el honor, la imagen, la intimidad), sino que aquéllas impondrán la necesidad de su elaboración, so pena de que el derecho quede limitado a la mitad más sórdida del camino.

Como consecuencia, la justicia debe resolver los conflictos y litigios en que se debaten e interpretan tales hechos. Pero debe señalarse, sin embargo, que la sensibilidad aparece parcialmente circunscripta en el tiempo, y, aun, que tiene marcaciones espaciales. Allí y en estos tiempos, donde se ha hecho conciencia (ciencia para adentro, en lo íntimo del ser social) la inviolabilidad de los aspectos que enumeré, la casuística se muestra rica, frondosa en resultados. Hay realidades que explora la jurisprudencia; direcciones justiciables nuevas que han hecho impacto en el fino sentir del legislador y del juez, especialmente apoyadas por la brega doctrinaria. En cambio, en otros casos, como en nuestro país, donde aquélla es, casi podría afirmarse, elemental en la materia, la jurisprudencia, a su vez, se muestra mucho más pobre, y la ley casi no cuenta. No se ha valorado la nueva y ponderable dirección. Tampoco el pueblo ha puesto en la conciencia una luz amplia sobre sus derechos personalísimos. Es éste un pecado de los intelectuales que los olvidan; de los teóricos que sólo los miran al soslayo, casi impacientes. Y resulta que algunas violaciones son soportadas como mal inevitable, porque "diz que no hay remedio"; pocos se han puesto a luchar en pro del remedio; no está introducido en la sabiduría popular. Falta de sensibilidad que muestra, más que reciedumbre o estoicismo, atraso cultural.

Esforzarse, pues, poner luz e interesar. No sólo importa hacer algo por crear ideas propias, sino, bien o mal, con buena intención, por el derecho a fin de elevarlo a la altura de los tiempos. Y, también, querer civilizar encumbrando el sentido ético, el espíritu emprendedor que lucha por las más caras reservas del hombre. Para la firmeza de la intangibilidad individual humana es previo convencer a la persona de su preponderancia; de sus derechos y deberes. Hacerla sensible al posible ataque. Dispuesta a defenderse y reaccionar con el arma jurídica. Que se sienta escudada por la ley, sus pensadores y la justicia.

En Italia, De Cupis señaló la riqueza casuística de la jurisprudencia. La integridad física, el honor, la riservateza, el nombre, dijo, son parte relevante de la controversia judicial de nuestro tiempo. "Sobre el terreno, pues, de la experiencia jurídica, la actualidad y la importancia de los derechos de la personalidad derivan del fluir de la vida" y del sintomático eco judicial. Sobre el extenso plano teórico, la vieja categoría dogmática enriquece su propio significado, alarga su respiro, sobre la base de la más franca y viva experiencia particular. La práctica da alimento vital a la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

teoría, y la teoría se pone en condiciones de dominar eficazmente a la práctica.

Cabe destacar nuevamente el avance. En 1901 decía Ravá que, excepto en Alemania, el problema fue poco estudiado. Los italianos no lo quisieron resolver afirmativamente, ni siquiera lo mencionaron. Algunos lo hicieron conocer. Mientras que, en Alemania, no había civilista o romanista que no sintiera el deber de tomar partido⁽¹⁴⁾(1104). Ya en 1959, De Cupis dijo: "Todavía no puede decirse que en la doctrina se haya logrado unanimidad de conceptos en torno a la importancia que, de un punto de vista rigurosamente positivo, espera a los derechos de la personalidad". Pero es "ahora lejano el tiempo en el cual ninguna mención se hacía de ellos en los tratados y en los manuales de derecho civil: al menos una señal se ha convertido, por así decir, obligatoria"⁽¹⁵⁾(1105).

Resumo las razones que llevan de la mano a reconocer la importancia de los derechos personalísimos: a) Categoría elemental de la materia; de los bienes que comprende; b) Que es pertinente e inevitable el quehacer jurídico sobre ella;

c) Las circunstancias en la hora del mundo hacen más visible y conocida la necesidad de su estudio; d) Son un factor del avance, progreso y tendencia del hombre en perfeccionarse individual y socialmente; e) Equilibran los intereses generales y particulares, ayudando para impedir la supremacía de unos sobre otros; f) Forman la base común de la igualdad, porque nivelan a todos sobre bienes primarios que no admiten diferencia o grados;

g) Repercuten en el antro privado de los derechos y es imperiosa una doctrina general que llene las lagunas dejadas por los principios constitucionales y las estereotipadas figuras penales, procesales, etc.; h) Debe oírse a los constantes llamados internacionales de la comunidad de las naciones y de la reunión de especialistas; i) Los hechos provocan la intervención de la justicia, el avance de la doctrina y la preocupación legislativa; debe enseñarse al pueblo sus derechos más caros para que aprenda a defenderlos en todas las superficies del ataque.

<p>CAPÍTULO II: CONCEPTOS DE DERECHO SUBJETIVO, PERSONA Y PERSONALIDAD</p>

1º Relación e institución jurídicas

Es ésta una noción siempre presente. El derecho importa y es en tanto hay contacto, enlace o conexión. Está allí, precisamente, para dar la regla, ordenar el vínculo, determinar la correspondencia y solucionar el conflicto. Por ello, no hay, no puede haber ya un panorama original o propio en el examen de la relación jurídica; inconscientemente quienes lo aborden estarán repitiendo algo que alguien dijo antes. Desde que hay juristas se trata, se analiza y define. Y, aun, aquellos que no pretenden explicar o teorizar el vinculum juris en sí, también, es inevitable, lo irán

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

tocando por muchos de sus ángulos.

El ordenamiento normativo convierte a la relación humana en jurídica. La correspondencia entre personas se convierte en enlace, trato, contacto, pide determinadas conductas, impone específicas actitudes de hacer o de abstenerse y, cuando encaja en el esquema de la norma pasa de la naturaleza, del hecho o acto, a lo jurídico particular. Este encajar en el esquema normativo no es necesariamente tener correlación absoluta, pues basta que haya una superficie común prevista o prefigurada. Muchas veces, en cambio, las conexiones de persona a persona o de persona a cosa, se alejan de los esquemas objetivos; carecen de superficies comunes. No son, por consiguiente, relaciones jurídicas ni están reguladas por el derecho. Así, verbigracia, la amistad, la cortesía, la religión.

Cuando se ha llegado a un conjunto de relaciones jurídicas tipo como concepto abstracto que la norma ordena específicamente, con notables caracteres diferenciales, se dice que hay institución jurídica. Es una construcción esquemática y cerrada, conceptualmente definible, determinada por todos sus costados y que tiene razón de ser y modos que la diferencian. Se consumen en ella múltiples relaciones con unidad conceptual y clase igual, porque tienen puntos comunes y forma idéntica. Así, por ejemplo, la propiedad, la patria potestad, el matrimonio.

Normalmente se piensa que la relación jurídica se genera y pervive entre dos personas o sujetos. Forma un correlato de derechos y deberes. Así, en otra oportunidad acepté la definición de Del Vecchio para quien es "el vínculo entre varias personas, en mérito del cual, una de ellas puede pretender algo a lo que le otra está obligada"(16)(1106).

Von Tuhr hace un feliz encuadre descriptivo: "Con sus preceptos, el orden jurídico rige las relaciones humanas; asigna a cada cual una esfera de poder, en la que su voluntad es determinante; otorga derechos y establece los deberes correspondientes. De esta manera nacen relaciones jurídicas, esto es, se asignan efectos jurídicos a las relaciones humanas que el orden jurídico halla formadas. Denominamos, pues, relación jurídica, a los efectos jurídicos de las relaciones humanas"(17)(1107).

Me convence ese modo de postergar la juricidad. Porque la relación jurídica, como se desprende de lo dicho, es por su origen un posterius. El prius es la humana. Aunque el autor alemán se queda en la mitad del camino, ya que, sólo habla de efectos, cuando hay toda una superficie común y, muchas veces, verdadero encajamiento de la relación humana, el acto, hecho o enlace, en el orden jurídico.

Ya se trate de personas vinculadas entre sí con encuadre en la regla objetiva o de la relación de la persona con esa misma regla, lo cierto es que el elemento sujeto no puede descartarse; es esencial. Sin él no hay vínculo porque tiene condición de presupuesto. Es decir, es uno de aquellos supuestos previos, anteriores al concepto, que en filosofía se caracterizan como la materia de la cual depende la verdad de la proposición. Tienen el papel de pilares que dan basamento a todo el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

saber jurídico; forma y solidez a su estructura como el hormigón armado al edificio; como el esqueleto óseo al cuerpo humano.

2° Los derechos subjetivos

La noción fue pronto colocada en los primeros planos. Tuvo, inevitablemente, sus adictos y detractores.

Si apoyara a los últimos carecería de objeto la búsqueda emprendida, que tiene por meta establecer si hay derechos subjetivos que emanan de la persona.

Pocos autores han negado la existencia. El origen de la corriente parte de Augusto Comte (Cours de philosophie positive) quien, al elucubrar la ley histórica de las tres etapas para la evolución de la humanidad, creó el positivismo filosófico que se extendió al campo jurídico y tuvo su época de auge y predominio. Se habría transitado, según él, por un momento teológico en el cual los fenómenos eran explicados a través de causas sobrenaturales; luego se pasó al estado metafísico, dominado por principios e ideas que se situaban más allá de las cosas, y finalmente, se habría llegado al positivo como observación empírica de los hechos y sus conexiones, de acuerdo a los métodos de las ciencias naturales.

Para Comte, la palabra "derecho" debía ser desterrada del verdadero lenguaje político, así como la palabra "causa", del filosófico. Las nociones teológicas y metafísicas desembocaban en la de derecho que era inmoral y anárquica, y en la de causa que era irracional y sofística. "En el estado positivo, dijo, que no admite ningún título celeste, la idea del derecho desaparece irrevocablemente; cada cual tiene deberes y para con todos, pero nadie tiene derecho alguno propiamente dicho": "nadie posee más derecho que el de cumplir con su deber".

Quizá Duguit haya sido, en lo jurídico, el hijo preclaro de esas ideas. Para él no existe más que la *régle sociale* que se impone a todos y da origen a funciones desempeñadas por los individuos. Además de dicha regla objetiva, existe la solidaridad que proviene de la naturaleza del hombre, quien es sociable porque debe vivir con otros hombres y cambiar servicios. Es sociable y solidario por las semejanzas y por las diferencias. No existen, aseguraba, derechos subjetivos, sino deberes. En consecuencia, tampoco hay sujetos de derecho. La regla jurídica es impuesta por la fuerza de los hechos y de las cosas; no depende de un principio superior, como puede ser el moral. Al seguir la evolución del sentimiento de la solidaridad, ella impone a todos funciones, deberes a cumplir; hasta el legislador que se limita a comprobarla queda sometido a sus dictados. Es una "*régle de conduite s'imposant á tous*" basada en la solidaridad. Cree que elabora así un nuevo sistema no metafísico, pero realista, que descansa en la función social. "El hombre no tiene el derecho de ser libre, tiene el deber social de obrar, de desenvolver su individualidad y de cumplir su misión social". El Estado debe protegerlo en tal sentido. Sólo debe reprimir los actos contrarios a ese objeto, y hasta podría castigar y reprimir el duelo, el suicidio, los juegos y trabajos

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

peligrosos(18)(1108).

Sin embargo, al limitar el objeto del conocimiento jurídico a la norma como expresión de la interdependencia entre las personas y la solidaridad social, únicos fenómenos indiscutibles o dato seguro, no ha quedado explicada la distancia que hay entre el derecho subjetivo y la función. No prueba que los diversos actos abarcados por el primero sean fatalmente obligatorios y en ningún supuesto asuman el papel de facultades. Así, puedo vender o hipotecar mis bienes patrimoniales; puedo residir y ausentarme; casarme y quedar soltero. En pocas palabras, determinar mi suerte según la amplia esfera de facultades concedidas, esfera no suprimida por la regla objetiva y que es la contrapartida de la idea de función.

Sobre otras bases pero hacia parecido puerto, Hans Kelsen desestima en último término, y desde el principio, la existencia conceptual del derecho subjetivo. Y niega la persona como entidad. No he de embarcarme en el análisis de la conocida posición del filósofo vienés. Es suficiente decir que el punto 3, capítulo VIII, de su obra más consultada, se llama: "reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo". Título que sintetiza admirablemente el pensamiento del autor. De entrada nos dice allí que la teoría pura del derecho coloca en primer plano el deber jurídico, el cual no es más que la norma jurídica individualizada. Se puede imaginar un orden jurídico que no establezca derechos subjetivos, pero ninguno podría abstenerse de determinar los deberes y las responsabilidades jurídicas". He ahí remarcado el carácter primario y esencial del deber con relación al derecho. Uno, inevitable, el otro, prescindible. Sólo cuando la norma coloca al individuo en "posición de defender sus intereses, se crea un derecho subjetivo a su favor". Pero ello no es necesario y, en realidad, aquel derecho subjetivo no es más que un aspecto del objetivo, porque se produce la reducción o "absorción del uno por el otro". He aquí la definición: es el mismo precepto jurídico en relación con aquella persona a cuya disposición se confía que se realice o no el acto coactivo sancionador establecido en el mismo(19)(1109).

Ante todo, la crítica ha dicho que Kelsen confunde lo subjetivo con lo exclusivo. Una cosa es que el deber de otro dependa únicamente de quien goza la prerrogativa de hacerlo cumplir y otra lo relativo al sujeto que la palabra subjetivo implica. Esta no es igual que privativo, porque bien puede suceder que el sujeto comparta con el Estado y con los otros ciudadanos el derecho de hacer realizar la norma, o sea, de hacer cumplir el deber. A pesar de ese acompañamiento, el derecho sigue siendo subjetivo porque pertenece al sujeto. Tal, el de la vida. Además, Kelsen sólo piensa el deber desde el punto de vista de su violación. Pero el cumplido, o el que se está cumpliendo, es una actividad lícita que los terceros deben respetar. Dado el caso de que así no fuera, el cumplidor podrá destruir el impedimento para continuar cumpliendo libremente. De lo contrario el mandato legal estaría desprovisto de fuerzas para asegurar la consecución de su objetivo: el cumplimiento. Poder hacer que se

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

remueva lo que impide satisfacer la obligación no es más que la otra cara también necesaria ¿implica o no un derecho subjetivo, desde que al propio sujeto se confía el acto coactivo sancionador? El deudor quiere pagar en término y el acreedor, o un tercero, se lo obstaculiza. Aquel consigna y coactivamente, por mandato judicial, se tiene por saldada la deuda y libre al obligado. Es, pues, un deber cumplido por la fuerza que, desde el punto de vista kelseniano, encajado en su definición, sería un derecho subjetivo. Un deber primario y esencial convertido en derecho. No porque la norma dé exclusividad, sino porque es del sujeto; exclusivo o no, le corresponde. Ahí está la subjetividad.

La negación del derecho subjetivo destruye el concepto de persona. Y destruye, también, la idea de capacidad. Resta solamente el hombre despojado de su propio quehacer jurídico. Como no comparto esas doctrinas, describiré las afirmativas:

Hay varias corrientes en disputa:

a) La llamada voluntarista, que tiene su centro en la voluntad de poder; b) la del interés, basada en la importancia excluyente del bien, del interés protegido; c) Las eclécticas, que amalgaman ambos puntos de vista; d) Lo que se aparta de ellos, de la voluntad y el interés, porque no agotan la variada gama de derechos subjetivos, pudiendo aceptarse, como ingrediente invariable, un poder metaempírico que resulta del derecho objetivo.

En a): Windscheid (lo mismo que Savigny, Puchta y Arndts) consideró que la voluntad es la pauta. Se trata del "derecho a exigir un especial comportamiento, hecho u omisión, de una persona determinada o de las personas en general que se encuentran frente al titular". El orden jurídico ha dictado un precepto que exige determinado comportamiento y lo ha puesto a disposición del titular. "Del precepto propio ha hecho un precepto del sujeto. El derecho se ha convertido en derecho de éste". Definición: "es una potestad o señorío de la voluntad otorgada por el orden jurídico"(20)(1110).

Von Tuhr afirma que la noción fundamental en el orden privado y, al mismo tiempo, la suma abstracción de lo jurídico multiforme, es el derecho del sujeto, subjetivo. Se persigue el beneficio de la seguridad en dos formas: 1) por disposiciones que "ordenan la convivencia humana para atribuir al individuo una esfera de señorío sujeta a su voluntad"; 2) otras que establecen deberes de interés general de las que no derivan derechos subjetivos, "sino derechos del Estado a la obediencia". La concepción del "señorío de la voluntad" cuenta con la aprobación de la mayoría de los autores. "Cuando Ihering objeta que no se podrían admitir derechos de infantes y dementes, desconoce lo que la doctrina entiende por señorío de la voluntad". Este existe también en los incapaces, "aun cuando el sujeto no pueda ejercerlo. La protección de los bienes es para cuando sean capaces o para los herederos; no se realiza por actividad directa de los órganos estatales, sino por medio de otra persona capaz, de un representante que ejerce el poder de voluntad, esencia del derecho subjetivo, en el interés del sujeto incapaz"; la voluntad del representante

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

está al servicio del representado(21)(1111).

Erro y Almanza dan el siguiente concepto: "Es la posibilidad, facultativa u obligatoria, ligada a una voluntad capaz, de obrar válidamente, libre de impedimento y de reaccionar contra éste si se interpone, circunscribiéndose ambas posibilidades a los límites de la norma". Al explicarlo, afirman: 1) el punto de partida es la norma. De ahí que no se trata de una potestad de la voluntad sino de una ligada a la voluntad. Esta reside en el sujeto y no en el derecho, y, lo que interesa es la voluntad jurídica. Así se evita la idea de que el derecho corresponde al representante del incapaz. La potestad del incapaz está ligada a la voluntad del representante. Ligada, porque el derecho subjetivo debe ir permanentemente acompañado por la voluntad; no puede existir sin ella; 2) se trata de obrar: actos positivos y negativos (abstenciones). Y de la posibilidad de reaccionar, porque la sanción es un elemento esencial del derecho; reaccionar dentro de los límites de la norma. Obrar o reaccionar es una doble posibilidad. Si falta una no existe el derecho subjetivo. El goce no es esencial, el ejercicio sí. La voluntad es necesaria para ambos. El ejercicio es defensa y movimiento; un dinamismo; el radio activo y la armadura protectora. Quien tiene un simple poder indefenso, no es sujeto de derecho. El menor tiene el goce pero no el ejercicio, luego, debe acudir al representante que actúe en su nombre, y así, constituye el sujeto del derecho; 3) la posibilidad de obrar puede ser facultativa u obligatoria. Ante el deber, estamos defendidos contra cualquier impedimento de cumplir, e perturbación; 4) No hay que confundir voluntad psicológica con jurídica. Algo de la psicológica se pierde en el derecho. La jurídica, que debe existir para que el sujeto realice el acto válido, puede definirse como "el principio motor, dotado del discernimiento y la aptitud exigidos por la naturaleza y el régimen del derecho, inherente al sujeto a quien la ley le atribuye actos válidos"; una construcción normativa(22)(1112).

En b): Ihering ataca al voluntarismo, la teoría que considera a la voluntad como el objeto final de todo derecho. Se pregunta: ¿cómo vendrían a tener derechos las personas sin voluntad? Serían anteojos en manos de ciegos. Ciertos derechos, además, existen sin que exista la voluntad. Así el impúber tiene derecho a vivir sin el auxilio de nadie; solo cuando se produce la lesión la voluntad es necesaria. Considera que el derecho privado existe para asegurar al hombre un bien cualquiera, socorrerlo en sus necesidades, defender sus intereses y concurrir al cumplimiento de los fines de la vida. Dijo, finalmente: "Los derechos son intereses jurídicamente protegidos" y, "el interés es el valor en su relación particular con el sujeto y sus fines". Un derecho que por sí mismo tiene valor puede no tenerlo para un determinado sujeto. Por ejemplo, la servidumbre de vista para un ciego, la entrada a un concierto facilitada a un sordo(23)(1113).

En c): Después de Rosin, Michoud criticó el voluntarismo y pensó que el interés da la base, pero que el acierto está en armonizar ambas teorías. Tanto el interés como la voluntad son fundamentales; la segunda es más

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

secundaria porque no constituye la causa del derecho y ella reside necesariamente en su titular. De cualquier manera no puede estar completamente ausente. Definió: "Es el interés de un hombre o grupo de hombres, jurídicamente protegido por medio del poder reconocido a una voluntad de representarlo o defenderlo"(24)(1114).

Jean Dabin, cambió la idea del interés por la de bien y la acompañó con la de pertenencia al titular: "Es la prerrogativa concedida a una persona por el derecho objetivo, y garantizada por las vías de derecho, de disponer como señor de un bien reconocido como de su pertenencia, ya, sea como suyo o siéndole debido"(25)(1115).

Enneccerus dijo que del simple mandato no puede derivarse un derecho a que sea cumplido; es necesario que se conceda ese derecho. "El que ordena a un criado que dé una limosna a un pobre, no otorga a éste un derecho a la limosna si no quiere otorgárselo, o sea, si el mandato no añade una concesión". El derecho concede al hombre un poder; no se limita a mandar y prohibir, da señorío con la facultad de poder exigir la no perturbación. Conceptualmente, el "derecho subjetivo es un poder concedido al individuo por el ordenamiento jurídico; según su fin, es un medio para la satisfacción de intereses humanos. Únicamente mediante la ponderación de ambos lados de su esencia se llega a conocer plenamente el derecho subjetivo"(26)(1116).

En d): Francesco Ferrara consideró que las relaciones jurídicas, o relaciones sociales estimadas dignas de tutela por el orden jurídico el cual es soberano en la valoración, se manifiestan como una relación de poder a la cual corresponde otra de deber, o sea, un señorío jurídico frente a una sujeción. El derecho subjetivo "es un poder jurídico que tiene por fuente el derecho objetivo y se dirige contra otros hombres para obtener el cumplimiento de los deberes impuestos por las normas jurídicas, con el fin de alcanzar la satisfacción de intereses humanos". La voluntad entra en la dinámica, no en la estática del derecho. Es necesaria para la actuación, no para la subjetividad. El poder emana del orden jurídico y no es dado para la satisfacción de actuar la propia voluntad. El derecho no es fuerza en movimiento, sino en reposo, y puede existir sin, y aun, contra la voluntad del titular. Interesa el goce no el ejercicio, luego, la voluntad es sólo un elemento accidental y no esencial. Por otra parte, el interés no es un elemento constituyente del derecho; se trata únicamente de la finalidad perseguida por él(27)(1117).

No dejo de señalar mi inclinación por la teoría voluntarista. Sin embargo, creo que es innecesario tomar verdadero partido aquí, hacer el desarrollo de la opinión particular. Es un tema que está ligado al que me ocupa, pero lo desborda. La reseña doctrinaria es útil por lo que se verá más adelante y en virtud de dicha conexión inevitable, pero un análisis específico, general y comprensivo de todos los derechos subjetivos, ampliaría el mareo del estudio emprendido

3° La persona o sujeto

La voz persona en su significado jurídico representa la unión de un

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

contenido y una forma cualitativa. La sustancia está dada por el hombre; la cualidad por la personalidad que el derecho le atribuye. Implica la vida del hombre en el ordenamiento jurídico. La fusión del sustantivo y predicado es inescindible. Si solamente se aseverara la idea de imputación normativa, lógico - esquemática y kelseniana, se caería en el error de despersonalizar al hombre para personalizar al objeto inmaterial de la norma. A la inversa, en el caso de que se pusiera el exclusivo acento en el ser humano, haciendo sinónimos a los términos "hombre" y "persona", se distraería hacia campos ajenos la visión del jurista, por cuanto, al hombre corresponde un panorama universal, sobre el cual confluyen todas las ciencias por él creadas con distintos objetivos, y es necesario metodológicamente ceñirse al aspecto científico determinante de un cierto saber, en el caso, el del derecho.

No bastan por sí ninguno de los dos términos de la fórmula. La simple imputación objetiva que no es más que un sector de la norma, la cual tiene palabras que dicen mandatos, aparece desprovista de estructura sustancial y se coloca peligrosamente en un plano que permitiría, llegado el caso, por un lado atribuir personalidad a una molécula de aire, a un pensamiento escrito, a una estatua o a un animal, por el otro, el más grave y tan fuera de razón, quitar al hombre o a un grupo de hombres personalidad, establecer el esclavo. La norma no es por sí persona ni lo puede ser; como no es derecho subjetivo ni lo puede ser. Porque no actúa, no mueve ni conmueve las relaciones humanas. Es estática, fruto de un quehacer especulativo. Algo ajeno a muchos de los entendidos propios del vocablo persona. Concluir que la persona visible es la norma que en el campo del derecho regula la conducta de un hombre, concebida como el orden parcial y personificador, representándola en una unidad, es igual, y no adelanta más, que decir que el triángulo es la agrupación de las nociones desarrolladas por la geometría en su torno. O sea, contar lo que se encuentra en el derecho objetivo y dejar en la sombra el interrogante sobre la porción bastarda o legítima del objeto mismo. Se trataría de un conocimiento empírico de la realidad circunscripto al derecho positivo; conocimiento empírico que sabe que las cosas suceden (ahí está la norma que manda), pero que ignora la causa; define, agrupa, correlaciona, hace lógica, pero no justifica ni fundamenta. ¿Cuál es la razón del esquema?, ¿por qué y para qué? He ahí lo que con esa teoría formalista sigue sin respuesta.

El homo, animal racional o inteligente, según la clásica y pobre fórmula de cualquier diccionario, nada dice al jurista de propio, distinto o específico. Decir simplemente que persona jurídica es hombre, confunde todo lo que el hombre es, toca y le corresponde por sí al margen del derecho, con el derecho mismo; se destruiría la independencia del objeto y fines de la ciencia jurídica. Importaría una forma de aseverar que el sujeto y la voluntad jurídica son idénticos al sujeto y la voluntad naturales, puro ingrediente de la psicología fisiológica; de un plumazo desvanecer el enigma pero de un plumazo desacertado. Antes que eso el jurista debe acercarse a la realidad jurídica con ingenuidad, en actitud

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

desprevenida y dispuesta. El auténtico saber no puede bastarse con el traslado al área del derecho de las conclusiones sociológicas o psicológicas inmodificadas. Aparte de esa carga de la realidad hay otra innegable que requiere un tratamiento diferente, con miras propias, sustentación original, y que no se satisface con conclusiones dadas por aquellas ciencias. Es la realidad jurídica. Interesa, antes que nada, el gesto nuevo que lo jurídico esboza en el mundo.

Hay, pues, una dualidad de elementos metidos en la palabra persona. La cualidad jurídico - formal y el substrato real. Persona es el substrato con la cualidad. El hombre con la aptitud que el derecho regula, desarrolla de modo característico para satisfacer necesidades de su naturaleza social. El jurista debe penetrar dicha aptitud, comprender las notas o connotaciones con el sentido propio de su ciencia. Pero al hacerlo está supuesto el contenido, el fruto de la cáscara que lo envuelve, y, es más, tan importante es dicho contenido que la cáscara misma se conocería mal si no se tiene presente aquel fruto, porque es el imposible ausente; establece los repliegues y da vida a las venas de la cáscara. Bastan dos preguntas para comprender el significado de esa dualidad inescindible. ¿Cuál es el derecho de la tribu salvaje? ¿Cuál es el de la sociedad contemporánea occidental ?

Se evita de tal modo la pura especulación sin dejar de reconocer la relevancia del poder jurídico en cabeza de la persona. La norma no la crea ni la desconoce; puede, no obstante, ampliar o restringir aquel poder jurídico pues regula sus facultades y obligaciones. Los dos elementos tienen cabida en el concepto; el ser o entidad que se revela por la presencia y actuación; sin la existencia desaparece el sustentáculo de la aptitud; sin tal potencialidad, que viene de la norma, se tendrá un ser que no será persona.

Vengo, pues, a coincidir en mucha parte con López Olaciregui y Salvador Pugliatti. El primero dijo con toda felicidad que el ordenamiento elabora conceptos, o sea, no elabora la realidad misma sino que la asume y la piensa en términos propios; la encuentra, no la crea; le da nombre, no vida. La cualifica y al hacerlo también la sumerge en lo jurídico. "Siendo cierto que la noción jurídica de persona es una creación del derecho, debe agregarse que el derecho crea el concepto pero no la realidad conceptualizada"(28)(1118). El segundo: "no basta uno solo de estos dos elementos" (el material y el formal) "...actualmente puede decirse que está superada la tendencia jusnaturalista, según la cual el hombre como tal, y el hombre solo como criatura natural, debería considerarse como sujeto jurídico. En efecto, basta pensar que al lado de las personas físicas existen las llamadas personas jurídicas; no sólo esto, sino que también en relación a las primeras, la adquisición de la calidad de sujeto jurídico está subordinado por la ley a la existencia de determinadas condiciones o presupuestos de hecho. En realidad, el concepto de persona o sujeto jurídico es un concepto formal, es decir, que deriva de una calificación que la norma jurídica otorga con fundamento en determinados presupuestos materiales, considerados por la misma

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

norma como condiciones necesarias para su aplicación»... el elemento formal "constituye la fuente de calificación que tiene necesidad de apoyarse en el elemento material. La calificación del elemento material da origen justamente al fenómeno jurídico"(29)(1119).

Yo, sin embargo, creo adentrarme más todavía. El concepto está creado por el hombre sirviéndose del derecho y contiene en sí la realidad conceptualizada. O sea que tampoco puede decirse que haya un concepto puro y distinto sobre una realidad separable. Contiene él esa realidad aunque se piense que provenga de ella. No es concepto creado únicamente por el derecho, sino identificado con el hombre elemento material. Es hombre conceptualizado de un modo específicamente jurídico. Luego, el concepto es connatural con el sustentáculo. Si desapareciera de la escena el hombre no habría concepto jurídico de persona. Y, viceversa, para el caso de que dejáramos al hombre sin conceptualización jurídica que lo valore de un modo determinante tampoco habría persona.

Deliberadamente omito referirme a las personas jurídicas o entes ideales. Como se verá, los derechos personalísimos sólo pueden relacionarse con las visibles o naturales. Pero, al tratar el modo como nuestro Código Civil encara el concepto, deben hacerse referencias superficiales.

En el libro 1º, sección la "De las personas en general", títulos I a XI, se ocupa de ellas en sí mismas. Las define, el art. 30: "son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos, o contraer obligaciones". No dice "todos los hombres"; otro era el criterio de Vélez Sársfield. La sutil elección de las palabras cobra un fino y profundo significado. Pero el sustentáculo inevitable está salvado, porque, además, se requieren signos característicos de humanidad para las de existencia visible (art. 51). Lo que pasa es que el concepto del art. 30 queda expresado en una terminología amplia que abarca a todas las personas, incluyendo a las ideales. Es el ser que existe, cuyo predicado confiere sentido jurídico a la definición.

El citado título, "De las personas jurídicas", en la mayoría de sus disposiciones se refiere a las de existencia ideal. Los tres primeros artículos definen y ubican según la clasificación de las especies. La nota del codificador a dicho título no es del todo aceptable, porque no se puede usar la expresión "persona jurídica" como lo opuesto a la natural. Esta, por la circunstancia de estar inmersa en el derecho, es también jurídica. El art. 30, que da el concepto general debajo de tal título, al comprender a las dos especies me está concediendo razón. Ya lo dijo Radbruch: "También las personas físicas son, en sentido estricto, personas jurídicas"(30)(1120).

Cuando dice la norma "entes susceptibles" está afirmando la noción de capacidad o aptitud. Donde no hay aptitud, tampoco hay persona. Lo contrario sería establecer la incapacidad absoluta de derecho para algunos seres humanos, y volver a aplicar instituciones caducas: la esclavitud y la muerte civil. La capacidad, los derechos subjetivos y la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

persona, son conceptos que se complementan, que viven unos de otros. Cuando falta alguno en forma total es imposible el otro; se rompe el esquema jurídico.

Puede quizá parecer acertada la crítica de David Zambrano (h). Dijo que el art. 30 tiene por finalidad proponer una sola noción que comprenda los dos géneros de personas: visibles e ideales. Que Vélez logró, medio siglo antes de Kelsen, cumplir las viejas exigencias positivistas: identificar en una las dos nociones y reducir la persona natural a un ser susceptible de derechos activos y pasivos. Como concepto (subrayo la limitación), la persona deja de ser la natural y se convierte en lo que Kelsen y Ferrara han proclamado: un producto del orden jurídico. La esencia es allí la capacidad y no la naturaleza humana. "De este modo - sigue - nace una singular inversión de valores: la idea de derecho, que supone necesariamente la de persona, que depende de ella realmente, pues primero es la persona y después el derecho y no a la inversa, pasa al primer plano y se la da como contenido de la persona, haciéndose depender a ésta, como concepto, del derecho"(31)(1121).

Pero esa crítica peca por omitir o callar, por quedarse con un paso aislado. El Código es una unidad. El art. 51 debe ponerse a la par de los 30, 31 y 32, ya que, precisamente, da el concepto de persona física: "Todos los entes que presentasen signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible". El mismo Zambrano debió reconocer que la persona natural se identifica con el hombre y que así surge de la nota al título: "se usa de la expresión «persona jurídica» como opuesta a la persona natural, es decir, al individuo, para mostrar que ellas no existen sino con un fin jurídico". No se puede afirmar que la única orientación del Código es la de centrarse en la cualidad o potencia para adquirir derechos o contraer obligaciones, porque hacen falta, como sustentáculo de la armadura jurídica, lo que el art. 51 llama «signos características de humanidad»."

El error bien señalado, quizá, pueda indicarse en haber querido unificar legislativamente el concepto de ambos géneros, para después clarificar el panorama, complementándolo. Bastaba la noción particular sin necesidad de abrazar las dos en una, por cierto que difícilmente abrazables. El examen de ese paso aislado del art. 30 podrá sustentar dicha crítica, pero es incompleto y, si se quiere, arbitrario frente al esquema total (arts. 30 y 51). Es cierto que con el 30 queda roto el mandato lógico que indica que en cada definición debe haber unum per se, una sola cosa, una sola esencia. En la impugnada se tiene presente dos géneros, la persona natural y la jurídica, o sea, dos géneros de seres o esencias: la existencial y la ideal. Pero la coordinación con el 51 es elemental y demuestra que el defecto no existe al redondear el verdadero concepto de la ley. Viene a dar una noción clara de sustentáculo y actuación; hombre y norma o poder jurídico; humanidad y aptitud. Amalgama los elementos: el substrato (art. 51) y la máscara (art. 30).

Por otra parte, he aquí lo que pensaba el autor de la fuente, Freitas: "sin remontar a la idea de ente nadie podrá traducir la síntesis de la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

existencia de las personas. En la observación del primer análisis hállese al hombre en su manifestación visible como el único sujeto que adquiere derechos y contrae obligaciones: pero obsérvase luego que el sujeto de los derechos y obligaciones no siempre obra para sí, pues que representa entidades que no son él. En estos casos de representación, cualquiera sea ella, voluntaria o necesaria, tenemos pues forzosamente un representante y un representado. El análisis prosigue con la investigación de quien sea el representado, y algunas veces encuentra que es otro hombre, y otras veces no es otro hombre ni entidad que tenga existencia visible. ¿Cómo formar, pues, la síntesis de toda la existencia de las personas, sin que se diga que son entes? Más allá de la idea del ente humano no hay otra idea superior sino la de ente. Esto es (como se acostumbra a decir) metafísico, pero es tan metafísico como la propia naturaleza de las cosas, porque la existencia no consta solamente de la materia. Hay dos mundos, el visible y el ideal, y desconocer la existencia de éste en la esfera jurídica, sería no sentir los efectos de todos los días, sería negar la realidad de toda la vida individual y social"(32)(1122).

4° La personalidad

Sentado lo expuesto poco falta para comprender lo que es la personalidad jurídica. Si la relacionáramos con la etimología de la voz persona, podría decirse que representa el encubrimiento, el ocultamiento de la propia individualidad tras la máscara dramática.

Es uno de los elementos de la unión que encierra el concepto: la cualidad jurídico formal; la máscara mismo. De aquéllos, el hombre como substrato y los derechos y obligaciones normatizados como poder jurídico, este último es la personalidad. Quiero decir, viene a convertirse jurídicamente en lo que personifica al hombre. El hombre de carne y hueso más personalidad es persona. Personalidad sin hombre no es más que regla objetiva, y, hombre sin personalidad, cosa o esclavo.

De igual manera la bondad o la sabiduría son los conceptos abstractos y calificadores que, por sí solos, no hacen al sabio o bondadoso. Tienen categoría general inimputable; recién el ser que posea tales cualidades será calificado como sabio o bondadoso. El hombre con personalidad jurídica es persona. Vale decir que aquélla es uno de los presupuestos calificadores, el presupuesto normativo que el ordenamiento proyecta. No puede ser, entonces, un derecho ni un atributo, desde que es el supuesto anterior a ellos.

Esta conclusión ha hecho decir a muchos autores, la gran mayoría, que es lo mismo que "capacidad".

Ante todo, la de obrar nada tiene que hacer aquí. Se puede ser incapaz de hecho, inepto por disposición legal para ejercer por sí los derechos, pero persona con personalidad. El planteo de la sinonimia, entonces, sólo es lógicamente posible frente a la capacidad de derecho, de goce o titularidad, pero, como se verá, no exacto.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

En tal sentido dice Coviello que "la capacidad atribuye la calidad de persona, es sinónimo de personalidad. Tal capacidad no es otra cosa que el efecto del reconocimiento, operado por el derecho, de la existencia de algunas condiciones naturales por las cuales un ser aparece capaz de tener intereses dignos de tutela"(33)(1123). También De Cupis cae en la confusión. Para él personalidad significa aptitud, es decir, valor jurídico virtual, potencial, capacidad. Señala que se ha parangonado con la cáscara (guscio) "porque resguarda en modo particular los derechos, así como los derechos están destinados a rellenar aquella cáscara (o concha)"(34)(1124).

Sin embargo, la identificación es errónea. Quizá, ella se hace más próxima por los extremos. Un ser sin ningún tipo de capacidad de derecho es un ente sin personalidad, como ocurrió antiguamente con el muerto civil, el que estaba fuera de la paz o el esclavo. A la par se destruía el concepto de sujeto jurídico. Hay, entonces, una correlación entre los dos términos, porque en esa medida se confunden. Pero no son racionalmente iguales.

Ya se ha visto la diferencia que hay entre persona y personalidad. Toca ahora penetrar la distancia de ésta con la capacidad. Lo que, por cierto, no es superfluo, y aclara varias cosas.

Ante todo, un razonamiento primario: la capacidad es un concepto que se refiere a la dinámica y admite grados, ausencia parcial, limitaciones o extensiones. La personalidad, no. Es más bien de situación, de estática pura, de existencia elemental: existe o no; se es con ella, o sin ella no se es. Carece de sentido y razón decir que hay personalidad para algo y no para otro algo. Es una, de tan sencilla fórmula, que existe o no existe sin término medio. Así, como ha observado López Olaciregui al rebatir la sinonimia pensada por Ennecterus, a la personalidad la inviste el ente en sí, mientras la capacidad la tiene para algo o respecto de algo. Se es persona y se tiene capacidad. Esta es una consecuencia de la personalidad(35)(1125). Vale ello decir que la personalidad es un prius y la capacidad un posterius. Se es persona porque se tiene personalidad, luego, debe haber un mínimo de capacidad. Cuando falta totalmente aquélla, como tiene condición de presupuesto, han de faltar también la aptitud, los otros atributos, todos los derechos, la persona misma.

He ahí el quid. Se ha pensado que la personalidad es supuesto previo a los derechos sin caer en la cuenta que también lo es, con relación al sujeto, de la capacidad y de todo lo jurídico, dado que representa uno de los elementos constitutivos del concepto mismo de persona. Si no existe la persona por falta de personalidad, claro que tampoco puede haber derechos, capacidad, domicilio, nombre y los demás atributos o propiedades. Luego, no hay más que la común relación entre el antecedente necesario de las consecuencias derivadas.

No faltan, por cierto, las posiciones diversas. Sánchez Román pensó que la personalidad se engendra en la capacidad de derecho, es una derivación de ésta, un resultado. Precisamente lo contrario de lo que acabo de afirmar: la capacidad, lo anterior (prius) y la personalidad, lo

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

posterior (posterius). Dijo: "quien tiene ésta (capacidad) tiene personalidad, ajustada al marco de la capacidad, para sus aplicaciones concretas, pero independientemente de esta medida, desde la más amplia e ilustrada hasta la más restringida o cercenada en su ejercicio, y necesitada de suplemento, por el medio de la representación, produce la personalidad que es cosa semejante al carácter revelador y a la exteriorización de capacidad"(36)(1126).

Las confusiones del civilista español para mí son muchas y gruesas. No sólo trata la aplicación y lo engendrado como si fuera el principio engendrador, sino que incursiona también en la capacidad de hecho al hablar del ejercicio y representación. Es del caso preguntarse: ¿puede haber capacidad sin que haya persona? No. Luego, aquélla se da en la persona, y para que haya persona debe haber personalidad. Es decir que ésta, como elemento constitutivo del sujeto juris, es la que produce o engendra la capacidad, puesto que no la puede haber sin dicho sujeto juris. En caso contrario se caería en un círculo sin salida: la capacidad sería principio productor de la personalidad, y la personalidad elemento necesario para tener capacidad. ¿Cuál es anterior y cuál posterior?

Ese arranque equivocado hace decir a Sánchez Román que la capacidad y la personalidad son dos aspectos de una misma idea, o dos elementos indispensables para integrar la noción del sujeto de derecho, "pero cabe diferenciarlos en que, cualquiera que sea el grado de extensión mayor o menor de la primera, en la de obrar o en la civil, pues la jurídica es igual o inherente al hombre, engendrará la noción de la personalidad, una e indivisa, como muestra de subjetividad para la vida del derecho, es decir, la persona; mientras que el mayor o menor grado de la capacidad estará en relación directa de sus posibles aplicaciones, o sea, de la esfera de acción de su ejercicio, sin que por eso pueda decirse que la noción íntegra de la personalidad se aumente ni se disminuya por este motivo".

Vuelvo a dejar de lado esa incursión en la capacidad de obrar que considero magnífica el absurdo, porque se llegaría al sujeto sin personalidad, tal el interdicto por demente que está absolutamente incapacitado de hecho. Me hago esta pregunta: si la aptitud jurídica produce el resultado de la personalidad, ¿por qué una menor, parcial o circunscripta, no engendraría una personalidad de igual tamaño o extensión? ¿Cuál es el motivo racional para que lo derivado, el producto, sea entitativamente superior, por su elementalidad que no admite disminuciones o tajos, al atributo generador? Dificultad en la respuesta que muestra que nunca la capacidad puede considerarse productora de la personalidad, sino a la inversa.

Me he detenido en la crítica para probar dos cosas: la primacía de la personalidad que es un presupuesto, y la imposible confusión porque responden a distinta estructura, origen y función.

Barbero también ha señalado que es inexacta la sinonimia. Cita en el error a Coviello, Pugliatti, Allara y Ferrara, y afirma que distinguirlas se impone. De entrada hace hincapié en que la "personalidad" es un quid simple, mientras la "capacidad es un quantum y, por tanto, susceptible

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de medición por grados" . . . se puede ser más o menos capaz, no se puede ser más o menos persona. "Persona se es o no se es: totalmente, radicalmente"(37)(1127).

Toca ahora, hecha la aclaración distintiva entre conceptos comúnmente confundidos, diferenciar la personalidad jurídica de la natural; tarea importante porque, a poco que se proponga, surgen diferencias notables. Muchos son los usos y empleos de la palabra. Así, en el mundo de los valores culturales la personalidad debe conquistarse. Entronca con la dignidad humana. El hombre viene dado, pero su propio valer ante los otros y ante sí depende del esfuerzo que no se recibe gratuitamente, sino que se adquiere con sacrificio y lucha. Lograr los fines propios que más se anhelan; ocupar una posición inconfundible en el concierto de la vida. Cuando con tales trabajos se obtiene dicha posición ambicionada, y ella es respetable, se dice que hay una personalidad en marcha porque hay un ser digno que supo colocarse expectante y con dignidad. Este aspecto trata, como puede apreciarse, de un valor prejurídico, ínsito en el individuo y desarrollado por él con exclusividad, pero no asumido por la regla de derecho. Ocurre algo sumamente distinto: en lo jurídico la personalidad no se conquista con obras y conducta, está dada por el ordenamiento. No representa méritos ni originalidades; es un sello idéntico: la atribución de derechos.

Con el punto de vista psicológico las distancias son aún mayores. Psicológicamente no se analiza la esencia metafísica e hipotética del ser humano ni se busca la especulación ontológica sobre el hombre. Desde ese ángulo la personalidad no es un estímulo social, personaje ni ficción directriz o entidad metafísica. Connota un modo de ser único, propio del individuo, aunque éste tenga rasgos comunes con otros. Tampoco es una suma de funciones sino una organización, una integración, y es temporal porque pertenece a la historia del individuo. Determina un estilo de conducta. Se la ha definido como "la configuración única que toma, en el transcurso de la historia del individuo, el conjunto de los sistemas responsables de su conducta". O, también: "es la organización dinámica de los sistemas psicológicos que determinan los ajustes del individuo al medio circundante"(38)(1128).

Emanuel Kant, había dicho: "el hecho de que el hombre pueda tener una representación de su yo lo realza infinitamente por encima de todos los demás seres que viven sobre la tierra. Gracias a ello es el hombre una persona, y por virtud de la unidad de la conciencia en medio de todos los cambios que pueden afectarle es una y la misma persona, esto es, un ser totalmente distinto, por su rango y dignidad, de las cosas, como son los animales irracionales, con los que se puede hacer y deshacer a capricho"(39)(1129).

Dejando el campo psicológico y entrando en el filosófico, Kant dijo que el deber "no puede ser nada menos que lo que eleva al hombre por encima de sí mismo (como una parte del mundo de los sentidos), lo que lo enlaza con un orden de cosas que sólo el entendimiento puede pensar y que, al mismo tiempo, tiene bajo sí todo el mundo de los sentidos y con

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

él la existencia empíricamente determinable del hombre en el tiempo y el todo de todos los fines (que sólo es adecuado a semejantes leyes incondicionadas prácticas, como la moral). No es ninguna otra cosa más que la personalidad, es decir, la libertad e independencia del mecanismo de toda la naturaleza, considerada esa libertad, sin embargo, al mismo tiempo como una facultad de un ser que está sometido a las leyes puras prácticas peculiares, es decir, dadas por su propia razón, la persona, pues, como perteneciente al mundo de los sentidos, sometida a su propia personalidad, en cuanto pertenece al mismo tiempo al mundo inteligible"(40)(1130).

En el derecho, en cambio, no hay un estilo personal, una única proyección del individuo ni una influencia decisiva del medio ambiente, como tampoco de la autoconciencia. Deja de lado, además, los valores metafísicos. Se trata del prototipo imperecedero e idéntico, para todos los hombres, que asume un aspecto normativo formal. Simplemente es un esquema objetivo que, adosado al ente con signos característicos de humanidad, configura la persona física. Es la posibilidad de, no la potencialidad o aptitud para, adquirir derechos. Los puntos de mira, por lo tanto, son diametralmente opuestos, y ello a pesar de que la personalidad jurídica sea una condición necesaria para desarrollar aquella dignidad prevista en el campo de los valores y una circunstancia decisiva para caracterizar el sondaje psicológico, así como parte del ontológico.

CAPÍTULO III: NATURALEZA JURÍDICA

1° Existencia jurídica

Plantearse el problema de la naturaleza jurídica implica descontar la juricidad. La naturaleza a secas, o naturaleza al margen del derecho, se investiga por medio de otras ciencias. Pero lo que digan esas ciencias no es ahora lo que importa, dado que aquí se penetra en la del derecho, o sea, el estudio de las normas jurídicas como sector de la cultura y del deber ser. Que sea la vida, el honor, el cuerpo del hombre, la salud, la locomoción y movimientos no impedidos, la imagen, el secreto, la intimidad, la creación psíquica y artística, no es, si se quiere, lo medular. Toda eso trasciende porque son las bases de sustentación o de apoyo, pero no es el centro ni el fin de este estudio. Todo eso, y nada menos, requiere aquí una orientación imantada por la juricidad; se trata de realidades que deben comprenderse desde un ángulo visual, con una estructura formal propia y a través de unos valores específicos. En otras palabras, dichos elementos que rodean y conforman lo humano, no son para un sondeo filosófico, natural, psicológico, matemático, físico o sociológico. Sino, para uno jurídico. Claro que con el objeto de dominar éste último, a través de aquellas ciencias están supuestos; son un dato previo.

Lo jurídico es posterior a lo fisiológico, físico, etc. Luego la vida, el honor,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

la corporidad, sólo aparecen cargados de sentido para el jurista si el derecho, por alguna de sus manifestaciones se ocupa de ellos y proyecta hacia sí esas realidades. Y digo algunas de sus manifestaciones porque, bien puede tratarse del derecho natural como del positivo; bien de la norma objetiva o de la filosofía aplicada al derecho; bien de las ramas públicas o de las privadas. Si aquél, en ninguno de sus establecimientos legales o doctrinarios, se ocupara de dichos objetos, entonces, podría decirse que no tienen existencia jurídica y, por ende, carecerían de interés para el estudioso, el legislador y el magistrado.

Creo que el ser jurídico de los mentados componentes humanos es irrefutable. Si el ordenamiento fuera ajeno a la vida como entidad física y espiritual, a la libertad y a las derivaciones encadenadas de ellas, no sería derecho.

Desde que son reglas sociales indicativas del "deber ser" se ocupan del hombre y, en consecuencia, no pueden dejar de lado las bases y comienzos de su propia naturaleza: la vida y la libertad. No hay hombre sin vida o sin libertad; no hay derecho sin hombre. He ahí la circulación del razonamiento que desemboca en la búsqueda juricidad. El hombre dejaría de serlo si faltaran aquellas connotaciones de su naturaleza bipolar, física y espiritual. Pero entiéndase, dejaría de serlo como ente digno, con separada individualidad. El análisis resultaría imposible y la ciencia jurídica no existiría o existiría muerta por falta de sujeto.

La juricidad, por lo tanto, no está impostada en la vida, el cuerpo que es su materia, la libertad que es forma, sino que es porque deriva de ellos y se dirige directa o indirectamente hacia ellos. Falta saber qué índole tiene más estrecha e inmediata relación. O, en otra forma, qué naturaleza jurídica tienen la vida, el cuerpo, la libertad, etc.

¿Son, pues, bienes, normas o derechos subjetivos?

Para contestar, y por exclusión, conviene examinar si esos objetos se corresponden o no con el último término de la pregunta: los derechos subjetivos o de los sujetos.

2º Naturaleza jurídica de los derechos personalísimos

Empiezo por sostener que son derechos subjetivos.

La mejor demostración de lo que afirmo será enfrentarme con cada una de las corrientes expuestas. Tomaré definiciones caracterizadas de aquéllas para ver si es posible marginarlas, si se oponen a alguna.

No cabe duda de que la voluntad ejerce un "señorío" sobre la propia vida, la libertad, el honor, el cuerpo. Aunque en ciertos casos, limitado. Tampoco que el ordenamiento ha puesto ese "señorío" a disposición del titular. Es, pues, un poder jurídico. La norma objetiva bajo muchos aspectos, de diversos modos y en distintos campos, preserva el libre desarrollo del querer del hombre sobre sus bienes esenciales e inherentes. Si considero que el derecho subjetivo se caracteriza porque el titular puede exigir un especial comportamiento, hecho u omisión, a una persona determinada o a las personas en general, no podré negar la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

calidad jurídica subjetiva de los personalísimos. Es incontestable que el titular tiene "señorío" sobre su cuerpo y espíritu, y que la norma, directa o indirectamente, se encarga de otorgarlo y de conferir las defensas necesarias para su preservación.

La persona está frente a otras y puede voluntariamente exigir comportamientos con respecto a su propia vida, cuerpo y libertad. Tiene medios jurídicos de defensa y de repulsa contra la violación. Medios que consagra y asegura el ordenamiento, aun cuando más no fuera por el solo hecho de otorgarle personalidad y como consecuencia de tal otorgamiento.

Quien sea atacado puede, si quiere, reaccionar y, en muchos casos, soportar. Además, tiene la facultad de orientar su propio destino. Decide por sí el empleo de sus energías físicas e intelectuales o artísticas; entregarse al carcelero; donar la sangre al banco hospitalario, permitir que lo operen quirúrgicamente, que le inyecten un suero, le saquen un órgano y le trasplanten otro; publicar intimidades, aceptar la intromisión de terceros en su ámbito privado, revelar sus secretos. Pero, también decide impedir los actos que no haya acordado, aceptado o conformado. Del libre querer ha de producir las fuerzas y medios jurídicos en la defensa preventiva y sancionatoria de dichas esferas suyas. Dice sí o dice no al cirujano; si o no al periodista; al fotógrafo; calla o combate la difamación. Esfera evidente de señorío que se sujeta a una voluntad soberana y que la norma objetiva confiere, resguarda y regula.

Windscheid y von Tuhr no podrían negar desde el atalaya de su concepto voluntarista del derecho subjetivo, la privada subjetividad de los personalísimos. Si la negaran, tendrían que revisar aquel concepto. Sin embargo, el primero prácticamente los dejó de lado, como se ha vistos y el segundo los combatió, como se verá.

Parafraseando a von Tuhr, si el interés del Estado se revela en que el individuo esté en condiciones de obrar sin trabas para alcanzar sus fines egoístas o autónomos, interés protegido según su voluntad, lo que pone por delante un derecho individual, piénsese en los de la personalidad y afirmese, si se puede, que el Estado se desinteresa de ellos. No habría, por cierto, ningún derecho individual si no pusiera por delante la protección autónoma de la vida, libertad, cuerpo, honor. Porque el individuo no estaría en condiciones de obrar sin trabas. El orden jurídico respeta la conveniencia de que se confíe a los propios individuos el cuidado de dichos bienes, su empleo y protección. Hay, entonces, innegable señorío de la voluntad.

Dentro de igual línea me he referido a Erro y Almanza aunque, me apresuro a aclarar, ellos hablan de "voluntad jurídica", y desechan la psicológica. Con continuidad y congruencia encuadran allí a los derechos personalísimos. Dicen que obrar no importa realizar únicamente actos positivos, sino también negativos, abstenciones. Es un querer expreso y tácito que puede inferirse de modos de ser, actitudes, posturas. "Quien vive, por el hecho de vivir expresa su decisión de querer la vida, pues de lo contrario se la quitaría; quien mantiene todas las

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

partes de su cuerpo, demuestra querer conservarse intacto; quien no delinque ni lleva a cabo acciones desdorosas, revela aspirar a una reputación sin mácula; de ahí que situaciones como las del derecho a la vida, a la integridad personal, al honor quepan perfectamente dentro del significado jurídico de la palabra obrar". Más adelante, luego de citar a Del Vecchio, quien dijo: "lo que es deber siempre es derecho, y no puede ser deber lo que no sea derecho", apuntan el siguiente ejemplo para mostrar que la posibilidad de obrar abarca tanto la faz facultativa como la obligatoria: existe el deber de no atentarse contra la vida ajena, la obligación de no lesionar, luego nadie puede lícitamente impedir la abstención; impedir el cumplimiento de dicho deber. Si el sujeto es impedido de abstenerse, puede reaccionar mediante una acción judicial. El deber de no lesionar, por lo tanto, apareja la posibilidad de reaccionar si se lo ve impedido en su cumplimiento. Si pudiera válidamente ser impedido significaría que el derecho objetivo ordenaría la ejecución de un acto (en el caso, abstención) y por otro lado autorizaría a que se lo entorpezca, cayendo en inconsecuencia y contradicción. Todo derecho permite exigir algo a los demás, y lo pretendido o exigido es siempre un deber. Resultaría absurdo y atentarse contra los intereses humanos que se pudiera obstaculizar eso mismo que al sujeto es dado exigir en virtud del derecho. Para evitar la contradicción la norma objetiva ha convertido el deber en derecho, declarando no impeditivo su cumplimiento y facilitando los medios para repeler la agresión externa. "El deber se halla alojado en el recinto del derecho subjetivo, por razones ajenas a su naturaleza jurídica".

En cuanto al argumento según el cual en la vida, el honor, puede darse el derecho sin que la voluntad intervenga o exista; de que el impúber tiene el derecho de vivir sin auxilio de nadie, y, sólo cuando se produce la lesión la voluntad es necesaria, demuestra que se reconoce dicha voluntad como necesaria para reaccionar. La reacción es de la esencia del derecho subjetivo, luego, la voluntad lo es del derecho. El menor o el demente pueden hacer la denuncia por sí mismos si se atenta contra su vida, luego pueden obrar y reaccionar; basta su voluntad para ser sujetos del derecho a la vida. En todo caso, la figura compuesta del incapaz con la voluntad de su representante constituiría el sujeto del derecho de vivir, lo que ocurre con los recién nacidos, en quienes no existe la voluntad psicológica(41)(1131).

Dirigiendo la mirada a la teoría de Ihering, tampoco se podrá contradecir la afirmación primera. Los preceptos de orden privado deben asegurar los bienes de la vida, el cuerpo, el honor. Si el interés es el valor en su relación particular con el sujeto y sus fines, va de suyo que aquellos son intereses jurídicamente protegidos, y aún, los más altos, de mayor valor frente a los fines pertenecientes al sujeto.

La amalgama de los elementos de las dos corrientes (voluntarista y del interés), tampoco destruye la naturaleza subjetiva de los derechos de la personalidad. Tómese la definición de Michaud y será muy difícil desubicarlos de ella. Se trata, consecuentemente, de los intereses más

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

caros del hombre jurídicamente protegidos por medio del poder reconocido a su voluntad de representarlos o defenderlos. ¿Quién representa y defiende la vida? El propio viviente con preferencia. ¿El honor? El honrado. ¿La libertad? El libre. ¿El secreto? Su dueño. Y así sucesivamente Tómese la de Dabin y se verá que, aquellos bienes, son otras tantas prerrogativas concedidas a la persona por el derecho objetivo, garantizadas por las vías de derecho de disponer como señor de ellos que se le reconocen como de su pertenencia, como suyos o que le son debidos. Tómese, en fin, la concepción de Enneccerus y transpórtésela, será imposible descartar los derechos subjetivos de la personalidad, pues la norma objetiva concede al hombre un poder sobre su vida, su cuerpo, honor. Lo faculta con señorío para que pueda exigir la no perturbación, y así, se satisface los intereses superlativamente humanos del hombre.

Por último, está claro el poder jurídico que emerge del derecho objetivo y se dirige contra los otros hombres para obtener el cumplimiento de los deberes (Ferrara). O, la cualidad de orden ideal que las leyes atribuyen a los hombres, para que puedan determinar coactivamente en una o las demás personas una actividad especial. En este caso de respeto y abstención (Recaséns Siches) .

Negar que las normas se ocupan de la vida, cuerpo, honor, libertad, y que se ocupan con prioridad, es no tener en cuenta una parte esencial del ordenamiento jurídico. La única, quizá, en todo tiempo y espacio infaltable. Ignorar las facultades del hombre sobre ellos, tan ligados a su propia constitución y naturaleza, o decir que son jurídicamente irrelevantes, es aceptar un cúmulo de normas tiránicas, ajenas a lo más importante; es exponer en la mesa de las lucubraciones la posibilidad de la esclavitud; el hombre desarmado. Posponer al mismo hombre.

El que aparta esos bienes del concepto de derecho subjetivo que tenga, contradice ese mismo concepto, o, caprichosamente, limita su esfera, impide su universalidad conceptual.

3° Los contrarios y su refutación

Hay quienes han negado la naturaleza jurídica expuesta. Meditar los argumentos negativos tiene la ventaja de hacer más clara la propia idea y traer a la palestra un gran acopio de pensamientos apropiados.

Ravá se opone a la primaria teoría de los derechos sobre la propia persona. Y aun cuando tiene ella serios contactos con la moderna de los personalísimos, presenta mayores blancos a la crítica.

Su inicial ataque filosófico fue dirigido al pretendido derecho general de la personalidad, como derecho a ser persona. Acompaña a Jellinek y Unger al decir que aquélla es pretensión, exigencia ética, presupuesto de todo derecho. Importa un complejo de facultades pertenecientes a quien es persona, complejo que está constituido por derechos esenciales. No existe, pues, uno a ser persona y menos sobre la propia persona, pero se podría concebir el de la personalidad como complejo de facultades

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

correspondientes a quien es persona por ser tal.

Más adelante va mostrando una línea de pensamientos. No hay que confundir, dice, los derechos sobre la propia persona con la personalidad. Esta es la capacidad en general de tener derechos. No es uno, pero sí el presupuesto de todos, y, por eso, también lo sería de los derechos sobre la propia persona, más ello no quiere decir que esos bienes sean lo misma que la capacidad jurídica. Por el contrario, como dijo Köhler, la historia da ejemplos de sujetos que sin dejar de serlo han perdido el goce de los bienes personales, como los que jugaron su libertad o el deudor encarcelado(42)(1132).

Sin detenerme en el error de la equiparación entre personalidad y capacidad, para lo cual me remito a lo expuesto, la idea central es buena. Un derecho a ser persona o a la personalidad, o los que se llamaron "sobre la propia persona", los confunden con dicha capacidad y con la personalidad. La cualidad jurídica y la aptitud que ella produce son dos aspectos anteriores. Supuestos, el hombre pasa a ser persona capaz, y, por serlo, retiene después, para sí, derechos subjetivos.

Al desenvolver la noción de estos últimos, Ravá se opone al criterio que los identifica con la facultas agendi, o sea, la facultad jurídica de hacer conforme a las normas. Dice que esa es una concepción que pulveriza la de derecho subjetivo, pues se darían como asevera Thon, una cantidad enorme que, para admitirla, nuestro espíritu se rebela. La propiedad, por ejemplo, sería una fuente de derechos subjetivos. El error consiste en no tener en cuenta la pretensión contra los otros, el anspruch: dirección del derecho hacia una persona en sentido amplio (acción u omisión). La facultad que se refiere a la acción del sujeto activo se expresa con la preposición de: tengo el derecho de hacer esto; el anspruch que se refiere al sujeto pasivo, se expresa con la preposición a: tengo el derecho a esta acción tuya. Ambos son los elementos del derecho subjetivo; se combinan, se unen en cada uno. No se debe identificar lo permitido con lo no prohibido. Ello hicieron los teóricos del absolutismo monárquico. El soberano permitía aquello que no prohibía; el poder extendía tácitamente su autoridad sobre lo que él nada decía, nada disponía, con cuyo acto permitía y ratificaba. Hay una diferencia enorme entre un acto no considerado de algún modo por la ley, como contemplar la luna, y un acto regulado por ella, o también, que solamente se hace posible por ella, como los del derecho procesal. Lo no prohibido y lo permitido, en el sentido de autorizado, no son idénticos. El derecho subjetivo no es la singular facultas agendi sino las diversas combinaciones de facultad y pretensión que se llaman obligaciones, derechos reales, patria potestad, etc. Hay una escala de licitud jurídica: cuanto más específica es la facultad, más entra en lo que interesa al derecho, y a la inversa. Así, específicamente jurídicos son los actos que corresponden al titular de un crédito; genéricamente, los que cumple el propietario con la cosa, e indiferentes, los que el hombre cumple en el radio de libertad. Estos últimos no caen bajo la competencia de la norma; se agotan en la esfera de la persona. Repugna decir que se ejercita un derecho cuando se

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

cumple un acto jurídicamente indiferente, como hacer sonetos o contemplar la luna, comer, beber y trabajar. Si se los considerara derechos el titular haría valer la obligación correspondiente contra el Estado(43)(1133).

Podrá decirse que hay una escala de licitud en donde la juricidad pasa de un momento fuerte y patente a otros más débiles y apenumbados, pero no cabe negarla en los derechos personalísimos.

Los ejemplos de Ravá tienen la condición del infantilismo. No es cuestión de erigir en derecho subjetivo a un acto aislado que viene inmerso en el antro general de la libre determinación, como el de mirar la luna, comer, dormir o hacer sonetos. Claro que la violación, o, más bien, la turbación a la posibilidad de ejecutarlos sería impedir el ejercicio de un derecho, pero de uno mucho más vasto que se manifiesta en facultades diferentes, casi innumerables: el de la libertad personal. O sea que aquellos son manifestaciones aisladas, como otras tantas expresiones de ese derecho; aisladamente consideradas, con independencia del principio abarcador que es la libertad, pueden considerarse ajenas al concepto de derecho subjetivo, porque carecerían de sustento jurídico. Mas tales facultades tienen una raíz común, como la de pintar una puerta, abrir una ventana, cambiar dos ladrillos, alojar a un pariente, pueden nacer del derecho de propiedad. Si la libertad no lo fuera, comer, dormir, y hacer sonetos y mirar la luna serían actos impedibles por quien primero se impusiera con la fuerza. Precisamente, porque importan expresiones de ese territorio amplio que se proyecta en múltiples actos, no pueden ser impedidos. El atentado y la turbación de los actos mencionados, es la verificación de un ataque a la libertad, libertad que, como derecho genérico y fundamental, dimana del ordenamiento jurídico; dimana, sin duda; dimana y se proyecta con luces de permisión en la esfera personal, pretensión frente a los otros y deber que ellos deben cumplir.

Y así lo vino a reconocer más adelante el mismo Ravá. Luego de decir que el lado interno, la innere seite, no pertenece al campo jurídico, ya que lo contrario llevaría al derecho al suicidio, el cual surge con lógica inexorable de establecer un poder jurídico de disponibilidad del hombre sobre su propia persona, consecuencia trágica que no se puede evitar, como tampoco la cómica de ver un derecho en usar la nariz para olfatear (recuerda el verso de Schiller), aseveró que cometen el absurdo (los de jus in se ipsum) de considerar como tal lo que no tiene relación con los otros hombres. El ordenamiento "solamente tutela la facultad natural del lado externo contra la violación de otros, en tal sentido existe un verdadero y propio derecho de libertad" ..."basta una cierta pretensión a un cierto comportamiento de parte de todos, pero no es necesario un poder encima de un objeto".

He ahí las palabras que en parte desdican afirmaciones anteriores. Que yo hubiera querido inventar para rebatir aquéllas. Me basta repetirlas.

A continuación Ravá muestra el quid de su idea que me parece francamente positivo, a pesar de que muchos autores lo han arrimado a

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

los que niegan y que él mismo así se quiso catalogar. Hay en suma, dijo, el derecho a la vida, a la integridad corporal, a la libertad, al honor, pero no existe un derecho sobre la vida, sobre la integridad corporal..., etc. Existe a que la propia persona sea respetada, pero no sobre la propia persona, porque esto último significaría el derecho al suicidio, la mutilación, de onanismo, etc., esto es, uno inmoral, lo que no puede, no debe ser. "El poder sobre es simplemente un hecho natural".

En otro orden de ideas, el filósofo italiano combatió el *jus in se ipsum* por representar una tendencia individualista que mucho tiene de anárquica. Ignora; para él, que la vida social inviste de tal modo al individuo que a ella está ligado, íntima e indisolublemente. No se puede cumplir una acción sobre sí sin que haya gran resonancia social. Para tener en cuenta esas premisas, los límites puestos al derecho "sobre la propia persona" son tantos y tan graves que cambiarían la naturaleza del derecho mismo. La familia, la sociedad, el Estado, impiden que el hombre pueda disponer de su cuerpo. Algunas modificaciones pueden hacerse de pequeño, como la perforación del lóbulo de la oreja, el corte del frenillo de la lengua, la circuncisión, la vacunación antivariólica. Después, ya no se pueden hacer más. Igual en el campo moral. El sentimiento religioso, ciertas ideas políticas, la predisposición por la ciencia, dependen del ambiente y de la educación. En la edad del discernimiento el cuerpo y el espíritu se encuentran modificados sin la propia voluntad. Además, difícilmente se puede cumplir un acto de sí sin que repercuta en los otros. El marido no tiene derecho de hacer votos de castidad (Stryck); el pintor que se corta la diestra corta el pan de sus hijos; las malas acciones perjudican la reputación familiar; se prohíbe escupir en los lugares públicos. De toda esa corriente que tiende a hacer sentir la solidaridad, el *jus in se ipsum* representa con violencia la acción individualista, y si se repara en las páginas de Max Stirner se encontrarán frases que se parecen a otras de Gareis y Campogrande(44)(1134).

Quizá haya sido un poco exagerado ese cuadro anárquico de la teoría combatida. Los ejemplos están "buscados" o "rebuscados" para apoyar la idea, porque existen innumerables casos en que el ejercicio de la facultad no es lesivo para la sociedad. Por el contrario, como la disposición de la imagen para su publicación; la donación de sangre para el banco hospitalario; la de la córnea, el riñón o el corazón para el trasplante, etc. Mas, dejando aparte esa manifiesta parcialidad, no cabe duda de que el nuevo giro de ahora alejado del "sobre", acentúa la senilidad de la crítica. Lejos de levantar valores individuales a una altura de oposición y contrariedad con los intereses colectivos, hoy es necesario resguardar bienes primarios y esenciales para el respiro personal.

Von Tuhr recibió la idea de que el orden jurídico protege a la persona del sujeto. Aceptó que el cuerpo, la vida, la libertad, el honor, etc., son objetos cuya protección constituye el problema fundamental que se realiza en forma preventiva (derecho administrativo), represiva y por medio de efectos jurídicos de derecho privado que derivan de la lesión a dichos bienes. Hasta aquí son dos afirmaciones importantes: la objetiva

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

juricidad de los bienes y el papel del orden privado. Pero, von Tuhr no reconoció la existencia de derechos subjetivos sobre tales bienes. Todo se reduce, según él, a comprobar que determinadas lesiones traen aparejadas determinados efectos. "Del hecho de que cierto acto queda prohibido, cuando produce un daño no puede deducirse, sin más, que se trata de la lesión de un derecho subjetivo. De otra manera, habría que imaginar, por ejemplo, en caso de estafa, un derecho a la verdad; en caso de falsificación, un derecho a la autenticidad de los documentos presentados". Después reconoció: "es cierto que desde el punto de vista lógico, una construcción teórica de este tipo sería perfectamente posible, pero lo que importa es determinar el punto de vista del cual la ley ha considerado estas situaciones jurídicas"; si ella ha estatuido el objeto de un señorío absoluto del sujeto. Vuelve a conceder: "Ambos caminos pueden llevar al mismo resultado, y, en realidad, la protección a la vida, etc., de acuerdo con nuestras leyes es igualmente enérgica, bien rija esta concepción o la otra". Entonces, afirmó, a continuación, que faltan todos los signos que nos acostumbran a reconocer la existencia de un derecho subjetivo.

Y comenzó diciendo que no se verifica un señorío, una potestad, porque la vida y el cuerpo se deben a la naturaleza, la libertad constituye también un estado natural que la ley puede reducir "pero no le hace falta crear". No corresponde hablar de monopolización porque son bienes que pertenecen en igual medida a todo hombre respecto a su persona.

Esa primera objeción no tiene asidero. La vida y el cuerpo se manejan con señorío. Ello tiene origen constitucional, y, por lo tanto, jurídico de la libertad personal. También el inmueble, el semoviente, el mueble, se deben a la naturaleza, ya sea por su materia prima o por su estructura intacta. Nadie duda, sin embargo, del derecho subjetivo de la propiedad. La procreación y las relaciones filiales son emanaciones de la naturaleza. ¿Quién combate el derecho de la patria potestad?, ¿los de familia? La ley no crea esos fenómenos y cosas, sino que los regula y, cuando así lo hace confiriendo potestades al sujeto, lo dota de derechos subjetivos. ¿Quién duda de que la ley regula el libre desenvolvimiento personal? Dejar ese sector al margen del orden jurídico sería dejar todo el orden jurídico al margen de la realidad natural del hombre. La monopolización evidente, íntima y acendrada está a la vista, desde que la persona singular, gracias al orden natural y al estatuido positivamente siguiendo ese orden, ejerce una exclusividad notoria cuando se trata de su misma vida, cuerpo y espíritu. Ello no quiere decir que el señorío sea ilimitado, ni siquiera sumamente fuerte. Encuentra las fronteras allí donde la sociedad las exige para su propia conservación moral y física, verbigracia, impidiendo la negociación comercial lucrativa o la autodestrucción. Es lo que ocurre, por otra parte, con todos los derechos subjetivos, como el dominio con sus límites y restricciones, cuando no frente al llamado "abuso del derecho".

Otra objeción de von Tuhr, que recoge Enneccerus con particular énfasis, se refiere a que faltan en el ordenamiento disposiciones que la ley

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

siempre establece sobre el nacimiento y la extinción del derecho, pero agrega: "aun cuando en ciertos aspectos puedan existir dudas a ese propósito". Dice, asimismo, que falta la posibilidad de transferir "el derecho de la personalidad" y de renunciar a sus aspectos más importantes, sobre todo, hay gran incertidumbre sobre el contenido y límites "cuando el punto no está resuelto por una disposición positiva de la ley", y añade: "por lo general, 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 su fuerza de convicción de la aspiración a obtener nuevas normas protectoras"(45)(1135).

Si esto último fuera cierto, la falta de reconocimiento universal no quitaría legitimidad a la aspiración. Me remito a lo dicho sobre la importancia y necesidad de contemplarlos legalmente. Pero, además, hoy por hoy se está llegando a esa universalidad a medida que se extiende la preocupación en los países del orbe. Tampoco ha de verse una total ausencia en la ley. Cuando ésta es pobre o confusa; cuando no es expresa y terminante, el intérprete debe manejarse con las modernas técnicas, y a distancia de la mens legis, del pensamiento del legislador pretérito, buscar en el espíritu de la norma, de toda la organización jurídica a través de los principios generales del derecho, un sentido orientador que permita adecuarla a las necesidades de la hora, sin perder de vista el caso y la justicia de la solución. Por diversa vía, en distinta rama, la ley se refiere a la vida, el cuerpo, la imagen, el honor, etc. Todo ordenamiento lo hace; todo ordenamiento que se apoye en las bases generales de nuestra civilización. Los derechos personalísimos en las codificaciones que prevalecen, comportan prerrogativas e implican deberes, cargas, obligaciones, porque, como bien se ha dicho, somos más o menos prisioneros de nuestra propia personalidad. La constitución, los códigos civil, penal, procesal, las leyes administrativas, los protegen. Y el orden legal es una unidad. Lo que pasaba antes es que, por ser tan importantes, innatos u originarios a la especie humana, el legislador no se preocupaba en su reglamentación. Eludió la casuística y las declaraciones consagratorias; era ello innecesario por sabido. Se consideraron preexistentes y que era prescindible erigirlos y sistematizarlos creando una institución jurídica.

Por otro lado, exigir que el derecho subjetivo tenga su correspondencia o consagración normativa, que esté expresado o contemplado como tal en la norma, no debe hacer pensar en la necesidad de que existan fórmulas sacramentales. Basta la comprensión general o que estén previstos, sin que sea válida la exigencia de que los designe meticulosamente; que la regla en una u otra forma los contemple y preste el respaldo necesario, aunque ello sólo pueda inducirse o deducirse de su estructura y de su espíritu. Además, tampoco es lícito considerar que un cierto tipo de normas deba llevar la batuta para crear derechos subjetivos. El mismo Enneccerus acepta que "el poder de voluntad del hombre no se extiende solamente a lo exterior a él, sino también a su propia persona". Y ese poder ¿.de dónde viene si no es de la regla objetiva?

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

El argumento de que falta el nacimiento, la extinción, la posibilidad de una transferencia y que se conceda una acción civil, está dirigido contra un derecho general de la personalidad, al cual por mi parte no lo acepto porque se ubica en un presupuesto jurídico y no es un bien regulado. Opuesto, asimismo, a los derechos plurales personalísimos carece de asidero. En todo orden jurídico nacen y se extinguen, porque se nace y se muere, y la muerte y el nacimiento están contemplados bajo el título expreso o comprensivo de "hechos o acontecimientos jurídicos". El preso pierde una porción importante de su libertad y el actor publicitado la reserva de una parte de su vida íntima. Con respecto a la transferencia, ella no caracteriza por sí a los derechos subjetivos, ya que hay muchos de diversa índole que son intransferibles, tales como los relativos a las relaciones de familia (la patria potestad, por ejemplo, el de alimentos, las facultades maritales, etc.). Decir que se carece de acción civil para protegerlos es, desde mi punto de vista, una puerilidad que no merece ser contestada.

He aquí una contradicción de Enneccerus. Dice: "los bienes indisolublemente unidos a la persona, como la vida, el cuerpo, la salud y la libertad corporal tienen una protección absoluta general, igual que los derechos subjetivos" . . . "por su encarnación sensible". "En cuanto a otras irradiaciones de la personalidad, por ejemplo, la libre actuación de la individualidad espiritual, el honor, la potencia del trabajo, la libertad económica, la esfera privada secreta, etcétera, es suficiente la protección especial e ilimitada de estos bienes por el derecho penal, las normas de policía y el derecho civil". "Ilimitada", pero, entonces, ¿dónde quedó aquello de que la ley los ignora, los descuaja, no los mira, están sin ella? Y si la pregunta fue contestada por el negador como se vio líneas antes, ¿por qué seguir poniéndolos al margen de la naturaleza de derechos subjetivos?

Para qué insistir. Quizá para repetir aquellas absurdas palabras de Wieruszowski transcriptas por Enneccerus, en el sentido de que el reconocimiento ejercería un efecto "lamentable incluso en la esfera del arte"(46)(1136).

Una insinuación de von Tuhr, que desarrollan Santoro Passarelli y M. Iannuzzi, quedó contestada por De Cupis. Me refiero a aquella que sostiene que no existen más que derechos a la cesación de los actos lesivos y al resarcimiento de los daños; que no se trata más que de un poder de la voluntad constituido por el derecho al crédito que es el resarcimiento. Con esto se olvida el nexo existente entre el modo de actuar de la sanción y la cualificación de la protección jurídica del bien. Para dicho modo de actuar es decisiva la voluntad del sujeto, y esencial para definir en sentido subjetivo la naturaleza de la protección. Por otro lado, ese poder de voluntad necesario para conseguir un bien que es equivalente o por lo menos compensatorio de otro bien del cual toma el puesto ¿no es poder de voluntad también con respecto a este otro bien?, ¿no es poder que actúa también sobre el compensado, sobre el que equivale? Obtener el bien sustitutivo del lesionado sirve para tutelar este

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

último, y si aquella obtención depende de la voluntad del sujeto del lesionado, la tutela de éste se realiza propiamente en la forma de un derecho subjetivo. Cuando al sujeto se atribuye un bien (honor, cuerpo, vida, libertad) con la garantía, por parte del ordenamiento jurídico, de que en caso de lesión podrá ser reintegrado del correspondiente valor sobre la base de la determinación de la propia voluntad ¿cómo puede negarse, se pregunta De Cupis, que aquel mismo bien sea tutelado en forma no puramente objetiva?(47)(1137). En otras palabras, el resarcimiento en pesos tiende a sustituir lo más exactamente posible, en forma integral, un bien tutelado, porque si no se tutelara, no habría indemnización. Esta representa a aquél, hace sus veces, ya que en especie no es posible devolver lo quitado, reparar el daño inferido. La pretensión a dicho resarcimiento depende de la voluntad, es subjetiva, luego, como es una pretensión sobre el sustituto, debe decirse que lo sustituido está amparado también subjetivamente.

Si se acerca la mira a Kelsen, basta la réplica de Erro y Almanza. De más está decir que el filósofo vienés desconoce la existencia de la persona y del derecho subjetivo, reduciéndolos a la norma objetiva. Dice, además, que el derecho a la vida, libertad, etcétera, no es subjetivo porque el Estado puede perseguir al culpable; no depende del particular la aplicación del medio coactivo. El Estado por sí lo hace. Los derechos sobre la propia conducta no serían más que reflejos materiales del deber jurídico; "no puede admitirlos como derechos subjetivos la teoría jurídica, desde que nada hay en ellos de tal, y representan una duplicación inútil del concepto de deber jurídico".

No es verdad que frente a la libertad el deber de los demás no esté a disposición del sujeto, porque él puede exigir el cumplimiento, como cualquiera del pueblo y el Estado. Está a disposición del sujeto y de la colectividad. En todo caso, habría una concurrencia de posibilidades en la persecución del culpable. La denuncia es una forma definida de reaccionar. ¿Quién la desplaza jurídicamente cuando la ley penal contempla esa posibilidad librada al sujeto, en veces impuesta, y la reglamenta? Desde otro ángulo, no deben descartarse o ignorarse como si no existieran los delitos de acción privada, que particularmente se refieren al honor y a la honestidad, ni aquellos actos que no configuran delito pero que permiten asumir una posición proteccionista, tal como los que enumera el art. 531 del Código Civil. Acerca de esto, basta pensar las múltiples posibilidades y consecuencias privadísticas, ajenas a la acción del Estado, que generan los delitos penales (resarcimiento, reparación, anulación, etc.) y aun actos y conductas que no llegan a serlo. Todos ellos dependen del sujeto y sus pretensiones.

Tampoco constituyen una duplicación inútil del deber, desde que corresponde a cada persona una acción jurídica eficiente(48)(1138).

Spota en nuestro país se pronuncia, aunque escasamente, por la negativa. Al principio hace una inapropiada comparación con las cosas dominicales. Dice que los llamados derechos personalísimos penetran en el círculo del deber que pesa sobre todos "en el sentido que no han

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de ser legítimamente lesionados". El "derecho" de uso común de calles y ríos, utilización de aguas públicas con fines domésticos, no es un derecho subjetivo sino un desenvolvimiento de la esfera de libertad que a todos atañe dentro del ordenamiento jurídico estatal. Todo ataque al uso común "no puede originar una acción resarcitoria por el solo hecho de menoscabarse el uso común, sino que hará nacer las acciones inherentes a todo ataque a la libertad personal. El particular podrá denunciar el uso común a la autoridad competente. Pero, a ésta - y sólo a ésta - le corresponde adoptar las medidas para asegurar la intangibilidad del uso que pertenece a todos, a todo el mundo", y cita su Tratado del derecho de aguas.

Me bastan algunas preguntas para desmoronar la idea comparativa. ¿Acaso el cuerpo, la vida, el honor, la libertad personal, son también de uso común? ¿Cómo pueden equipararse a las aguas, los ríos y las calles, para igualar su naturaleza, sus efectos y consecuencias jurídicas? Es sumamente equivocado el símil porque aquéllos tienen tanto de exclusivo que con ellos no sólo se realiza todo el obrar propio que se les adscribe, sino que son singulares, nada comunes y, por lo mismo, dependen del sujeto en una gran medida. A poco que se mire, es suya superlativamente la defensa.

Sigue Spota, apoyándose en Enneccerus y en von Thur, que entre nosotros la cuestión debe estudiarse a la luz de los arts. 1068, 1078, 1109 del Código Civil, "de tan lato contenido en la protección de los así llamados derechos de la personalidad". Asevera que no constituyen sino el desenvolvimiento de nuestro ámbito de libertad: "la vida, el honor, todo lo que carece por sí de contenido patrimonial, aun cuando pueda originar, en caso de lesión, consecuencias de orden patrimonial (arts. 1068, 1078, 1109), no son susceptibles de ser considerados como un haz de derechos subjetivos cuyo soporte es el hombre: aquí brilla por sí solo el derecho objetivo y el deber jurídico de los demás"(49)(1139).

Los demás tienen un deber hacia alguien, luego, ese alguien ¿no tiene un derecho a que se cumpla dicho deber? ¿Donde estaría pues la correlatividad tan mentada y querida por los teóricos? Si aquí hay deber, por el otro lado ha de haber un derecho, pues nunca la norma regula conductas o situaciones al margen de lo intersubjetivo, lejos de la proportio hominis ad hominem. Curiosa relación recíproca ésta en que uno de los términos de la fórmula pueda darse sin su contrario, con independencia. También en la propiedad ha de verse el desenvolvimiento de nuestro ámbito de libertad, y en los contratos (el derecho a contratar, acaso ¿no lo es?), y en los que tienen o no tienen contenido patrimonial. Nadie o casi nadie se niega a aceptar que configuran derechos subjetivos típicos; tampoco Spota. Porque en definitiva, todo derecho subjetivo es la expresión de ese desenvolvimiento.

He dejado para botón de oro a Orgaz, porque en nuestro medio sus razones son incomparablemente más fuertes. Tiene, por otro lado, la virtud de aceptar explícitamente la juricidad, ya que, según su tesis, se trata de presupuestos jurídicos protegidos por la ley; son "bienes

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

personales tutelados por el derecho objetivo".

Empieza por comprobar en forma "inmediata e innegable" que el "derecho positivo argentino - como el de la generalidad de los países extranjeros - contiene un conjunto de preceptos destinados a proteger la vida, la salud, la libertad, el honor, etc., de las personas humanas". Luego reseña distintos aspectos de la concepción que, finalmente, niega. Aprovecha aquí para dejar sentada una verdad que asusta: la incomprensión de los que hablan el mismo idioma para igual materia derivada de dar distinto alcance a las palabras empleadas. Se utilizan sin precisar lo que se significa con ellas y se dialoga con igual técnica idiomática, pero poniendo el pensamiento en otra esfera. Es como conversar en distinto idioma. En realidad, monólogos por turno. Siempre me ha preocupado, aunque no sé si lográndolo, clarificar el entendimiento que se tiene de las cosas a través de los vocablos. Uno dice "derechos subjetivos" y piensa en una gama infinita de relaciones al adherirse al concepto de Ihering. El contradictor, en cambio, simultáneamente se representa un campo más limitado. El empleo abusivo de las palabras, decía Spencer, llega a hacerlas caer en profundo descrédito. Las ideas verdaderas que ellas indican se asocian íntimamente a la larga con las ideas falsas, que pierden no poco de su carácter. Y esto, sin duda, es lo que ocurre con la palabra "derechos". Hasta tal punto "se ha tergiversado el empleo de tal palabra, que los periodistas, que consideran como ocupación de su oficio servir al público los escándalos relativos a la vida de los personajes más notables, se defienden diciendo que el público tiene "derecho" a todo género de informes"(50)(1140).

También para Orgaz es un error común usar ese término y representarse lo simplemente "protegido" y aun lo "lícito" o no prohibido por la ley. Porque todo sería derecho. Habría que entronizar a la tautología, como el derecho de accionar, para tener el derecho de una sentencia que proteja el derecho de propiedad, que es un derecho que confiere el derecho de impedir su violación por un tercero. Se desdibujan así los contornos, los límites orientadores; se cae en un océano sin márgenes. Cita a Gustavo Bonelli que da el siguiente ejemplo: "si yo tengo el usufructo de un crédito, yo tengo un derecho sobre el derecho; si este derecho se me discute, yo afirmo tener un derecho al derecho sobre el derecho; si se me niega el ingreso al juicio para defenderlo, yo diré tener un derecho a hacer valer el derecho al derecho sobre el derecho". Es el uso de un nombre para diferentes cosas: facultad, capacidad, acción procesal, derecho subjetivo. Difícil se hace, en esa forma, desentrañar el sentido peculiar de algo.

Facultad de hacer o querer algo en correspondencia con el derecho objetivo y exigir de otro sujeto o las demás personas el cumplimiento de un "deber" correlativo a dicha facultad. Pretensión que existe a favor de alguien contra otro u otros sujetos. Tal es el concepto de Orgaz que limita con los siguientes elementos al subjetivo: la facultad contemplada por la norma y la coordinada obligación o deber de los otros sujetos.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Pero, donde discrepo es, tan luego, en que se aparte a los llamados derechos personalísimos de ese sabio concepto.

Dice Orgaz que no hay en ellos facultad específicamente concedida por la regla objetiva, porque no hay nada que dependa del arbitrio, del hacer o no hacer por decisión exclusiva de la voluntad. Sin embargo, la vida en sí es una facultad activa y depende de la persona suicidarse, autoeliminarse, donar las partes de su cuerpo espontáneamente, y aun, recluirse, o, a la inversa, vivirla en conservación e integridad física. Podría penetrarse en un país (como los que están detrás de la cortina de hierro) o lugar donde se tiene la certeza de que arbitrariamente o por razones justas se perderá la libertad, y nadie lo podría impedir por aquello de que no se tiene la facultad de suprimirla. Lo mismo con el honor: sufrir la ofensa, la exhibición de la imagen, el ataque a la intimidad, y deliberadamente callar, soportar, o bien, actuar en defensa de ellos. Ya se ha visto que las normas desde muy distintos ángulos protegen esas posibilidades, que no son más que facultades; se supone, entonces, que las concede, o que, por lo menos, las reconoce al admitirlas. El propio Orgaz, páginas antes se refirió al suicidio y a la automutilación como ejemplos imponentes de facultades jurídicas (son sus palabras), porque no hay preceptos prohibitivos pero falta el deber correlativo(51)(1141).

Para el gran jurista cordobés el derecho subjetivo surge sólo después de la lesión, lo que caracteriza simplemente el derecho a detener la condenación penal o civil del ofensor. "Si alguien nos impide pasear, asomarnos al balcón, cantar o beber, por ejemplo, nacerá a nuestro favor un derecho o pretensión contra el ofensor a exigir el cese del impedimento y, en su caso, los daños y perjuicios; pero "antes", ninguna de esas posibilidades de obrar constituirán propiamente derechos subjetivos". Respetuosamente se me ocurre recordar aquí que, si hay lesión, o sea, carácter lesivo en el acto, es porque había algo que era objeto de esa lesión. Y ese algo, ¿qué es si no un derecho? Claro que una vez lesionado, producido el ataque, no resulta posible volver las cosas hacia atrás. Y, entonces, habrá que contentarse con el sucedáneo, que es decir lo que ocupa el lugar, hace las veces de otra cosa: el resarcimiento del perjuicio causado a dicho algo. El derecho subjetivo posterior a la lesión es el que toma el puesto de aquel otro lesionado; es derecho a obtener la condena penal o civil porque se apoya en lo que antecede, y lo mismo pasa con todos los derechos subjetivos atacados. La propiedad, por ejemplo, cuando es usurpada acuerda el derecho a obtener la condena penal o civil, así como los perjuicios ocasionados. Si el deudor no cumple, nace la posibilidad de obtener la condena al cumplimiento forzado. ¿En qué se apoya la pretensión contra el ofensor para el cese del ataque o impedimento y, en su caso, el pago de los daños y perjuicios? En que hay quien tiene la facultad de hacer y los otros el deber de respetar, puesto que la norma objetiva protege dicha facultad. Todo esto exactamente en los términos que Orgaz proporcionó para el derecho subjetivo. Si no existiera la facultad, la condena por los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

perjuicios o la posibilidad de hacer cesar el impedimento, tampoco se tendrían. Ni habría, para los demás, el deber de abstenerse. Lo que demuestra que, pudiendo requerirse una condena judicial o el cese del ataque, hay facultad y hay deber.

Con respecto a este último, estriba en la obligación de todos de respetar los derechos personalísimos. Porque deber implica también abstenerse ante las facultades del prójimo. Si se prohíbe el acto habrá también que prevenir para evitar que ocurra antes de que se ejecute, sin perjuicio de las consecuencias posteriores si no pudo evitarse. Y, tales consecuencias, son las comunes a todos los derechos subjetivos perdidos u obstaculizados por el incumplimiento del deber.

4° El problema del objeto

Ha dado que hacer la aparente identificación del sujeto con el objeto. Pero es cuestión que muere en el ámbito puramente técnico. Quiero decir que, como consecuencia de un concepto esquemático del derecho subjetivo, el debate se alimenta con la exigencia de que, entre sus elementos, haya un objeto jurídico perfectamente diferenciado e independiente. O, en otra forma, es imprescindible la existencia de un objeto al cual se refiera y que, el tal objeto, tenga ciertas y determinadas características, sin las cuales pierde la posibilidad existencial. Dentro de dichas características se exige una separación real, apreciable fuera del Sujeto.

Descátese la exigencia y desaparecerá el dilema.

Sin embargo, como me he propuesto dirigir la atención a las corrientes difundidas, me haré cargo del postulado y del intrínquilis que produce frente a los bienes personalísimos.

Distinguir, en la estructura del derecho subjetivo, el objeto del sujeto es lo más difícil que presenta esta categoría jurídica, en 1ª cual la persona encuentra en sí misma la materia propia de la relación. Es el problema que, desde un punto de vista lógico, más hace vacilar. Claro que, repito, olvidando la forzosa necesidad de que se separen así los elementos la crítica cae por su base. Si se dijera, por ejemplo, como Puchta y sus seguidores, que el objeto es el sujeto, que ambos términos están identificados, poco quedaría por resolver en este asunto como no fuera oponerse a la idea, la cual descarta la diferenciación de los elementos lógicos. Los juristas han impuesto lo que se llamó por los italianos la "alterioritá", y en español viene a ser la "alteridad", neologismo expresivo que quiere significar autonomía, de los extremos constitutivos de la fórmula. Dicha alteridad se exige en la relación jurídica por aquello de que el derecho es "proportio hominis ad hominem" (según la frase acuñada por el Dante en de Monarchia). O sea, sujetos coligados por el vínculo pero autónomos y separables desde el punto de vista analítico, y que se presentan en la correlación de derecho - deber. En el derecho subjetivo, que es una porción de dicho esquema, la alteridad se exige entre el sujeto y el objeto. Debe haber distancia, no espacial pero sí de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

concepto, que queda cubierta por la conexión. Se tiene derecho a algo o sobre algo. Ese algo es el objeto.

La exigencia, que acaso no sea del todo imprescindible, parece razonablemente apoyada por la gran mayoría. Lo que es más dudoso es que el objeto siempre tenga que tener exterioridad, como si no fueran posibles para esa alteridad los objetos interiores.

La crítica, pues, se dirige a mostrar que los derechos sobre la propia persona carecen de un objeto diferenciado del sujeto; que falta el algo distinguible del portador. Cuando Puchta afirmó la identidad se levantó airada la crítica que lo obligó a hacer distinciones. Se decía que no era posible acordar a la persona simultáneamente dos papeles contradictorios e inconciliables: el de sujeto y el de objeto(52)(1142). Fadda y Bensa para desbaratar el ataque expresaron que, si es distinta el alma del cuerpo, la persona física de la moral, "el sujeto de cualquier derecho es la personalidad humana, y no el alma o el cuerpo o la suma de éstos". Les opone Ravá aquello de que así se confunde persona con personalidad; ésta no es el sujeto, es la cualidad que hace del hombre una persona, como la bondad un hombre bueno y la maldad uno malvado. "Es una corruptela españolizante, dijo, común en el lenguaje, llamar la cosa concreta con el nombre abstracto correspondiente: autoridad por persona competente o autorizada; belleza por una mujer bella". La personalidad no es el sujeto sino que lo es la persona, y el cuerpo no es parte de aquélla pero sí lo es del hombre y, por lo tanto, de la persona(53)(1143).

Campogrande comprendió el error, y dijo: "Que en nuestra teoría el hombre sea a la vez sujeto y objeto de derecho, es innegable, pero no hay nada antijurídico en ello"... "la confusión de que se nos acusa no existe. La distinción está en que el sujeto del jus in se ipsum es todo el hombre considerado como unidad física y moral, mientras que el objeto de cada uno de los derechos" . . . "consiste en una manifestación determinada de la personalidad humana ya sea física o moral". En otros términos: "el sujeto se confunde con el objeto en la entidad del ser (hombre), en que uno y otro se concretan; pero se diferencian en el contenido. Como sujeto, el hombre obra con todas sus facultades; físicas y morales, indistintamente; como objeto funciona el hombre mismo, pero limitándose a una manifestación especial de su personalidad"(54)(1144). Lo he transcrito porque considero magníficamente bien expresada la idea, a la que por mi parte haré tan sólo alguna corrección acorde con las conclusiones propias que he expuesto. Esa idea fue retomada después por autores con pretensiones de originalidad. Está expresada por el italiano mejor aún que Köhler, su contemporáneo tudesco, quien dijo que la crítica parte del falso supuesto de que el todo no es otra cosa que la suma de las partes, cuando en realidad, por efecto de la acción convergente de las partes, se forma una nueva grandeza autónoma que puede contraponerse a las partes mismas, como ocurre con el Estado frente a los individuos que lo componen; el imperio frente a los estados confederados. "No es cierto que una persona no se pueda distinguir de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

su fuerza física y espiritual. Es posible que yo me equivoque sobre toda la fuerza o cualidad de una persona, sin por ello equivocarme sobre su identidad"(55)(1145).

Aparte del acierto un poco efectista de las últimas frases, las comparaciones anteriores con el Estado y el Imperio son equivocadas, y aquello "en una manifestación determinada" con lo que Campogrande toca el trigémino, es de mayor valor expresivo.

Más tarde, como variaciones sobre el tema, vino a decirse que el objeto está dado por los modos de ser físicos o morales de la persona (De Cupis); que son atributos o manifestaciones esenciales de la personalidad, atributos objetivados y elevados a la categoría de bienes jurídicos (Messineo); o bienes constituidos por determinados atributos, o cualidades físicas o morales del hombre, individualizados por el ordenamiento jurídico (Castán).

Los razonamientos contrarios son los siguientes: si por sujeto está tomado el hombre como unidad compuesta y por objeto la fuerza como suma, la unidad puede ser inescindible y la suma tener elementos bien distintos. Luego, cabe preguntarse si es posible distinguir en el hombre, unidad, las partes o porciones de tal modo que puedan ser objeto del derecho. Pero ese acto de distinción es psicológico porque es un acto de la psiquis, y no todo lo que puede ser objeto en psicología vale como tal para el derecho. El acto por el cual nos representamos una parte de nosotros mismos, es un conocimiento psicológico puramente interior que no puede tener valor indiscutido frente a los otros. Para los demás yo soy mi cuerpo, la fuerza impuesta a mi cuerpo es una fuerza impuesta a mí mismo. Por otro lado, el derecho subjetivo absoluto es un poder que se ejercita, que trae una idea de fuerza. Aquí, entonces, se trataría de ejercitar una fuerza sobre la fuerza. No basta la distinción abstracta de la mente porque no estamos en el mundo de las ideas sino en el de los hechos. Es necesario, por ende, que el objeto tenga verdadera y propia individualidad.

Esa crítica expresada por Ravá es abusiva. Creo que la desbarata un ejemplo: en el condominio o en la indivisión hereditaria se tienen derechos sobre una porción ideal indivisa. Se trata también de un conocimiento psicológico, una abstracción de la mente por medio de la cual se representa el derecho. Nadie habrá de negar que el comunero goza de ese derecho, a pesar de que está ubicado en el mundo de las ideas y no en el de los hechos, por cuanto no hay un objeto con verdadera y propia individualidad. Es, además, un derecho no exteriorizado, sino interno, ideal, abstracto cuyo contenido se determina cerebralmente. Esto demuestra que no conviene limitar a un esquema lógico "equis" el concepto jurídico. A su trasluz se captaría un objeto lógico, pero no jurídico. Basta que la ley haga la objetivación; que en la norma se vislumbre claramente la materia de los derechos. Si ella la ubica en partes ideales, mentalmente separables, no se necesita más para erigir esas partes en objetos del derecho. Como la porción indivisa de la universalidad sucesoria; como los bienes interiores de la persona.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Nada impide, por cierto, que dicho objeto sea un algo pensado, y aun, que se construya in mente. Lo que importa es que haya consenso general sobre su conocimiento, que éste no sea caprichoso o de inventiva singular. Ese consenso surge cuando hay elaboración normativa que se ha transformado en un dato jurídico objetivo. Ha dicho De Cupis: bien "es aquel que el ordenamiento jurídico considera como tal en el ámbito de las relaciones jurídicas"(56)(1146). Idea que puede verse expresada por Barbero: se trata de "aspectos y situaciones que, a los fines prácticos del derecho, es decir, de la disciplina de las relaciones jurídicas inherentes, pueden ser útilmente considerados como objetos específicos de la tutela jurídica". Y, luego, repite: "la vida, la integridad física, el honor, no existen separada y distintamente de la persona viva, íntegra y honrada; pero, a los fines prácticos del derecho, pueden considerarse provechosamente como objetos específicos de la tutela en lo que respecta a su vida, a su integridad y a su honor"(57)(1147).

Se ha sostenido que uno de los caracteres infaltables del objeto es su exterioridad, que no pueden ser los bienes interiores de la persona. Ello es arbitrario, porque nada impide objetivar bienes interiores. Lo importante, insisto, es la tutela jurídica. Si ella extiende su manto sobre los interiores, pasan a ser objetos del derecho subjetivo. Y no es que al defenderlos se estuviera defendiendo la persona a sí misma, lo que por otro lado se podría aceptar lisa y llanamente, sino que está defendiendo una parte de sí misma, y el ordenamiento confiere armas para tal defensa. Claro que en última instancia la defensa del bien, por la ligazón que le es indivisa, importa defender a la misma persona. Y, a la inversa, el ataque enfocado sobre una de esas manifestaciones convertidas en bien jurídico, es un ataque a toda la persona. Esta, sin embargo, dirá: se ha menoscabado mi honor o atentado contra mi vida, perturbado mi salud, coartado mi libertad de movimientos, abusado de mi imagen personal, hecho público un secreto de mi intimidad sexual etc.... El juez y los otros no participantes, también: se menoscabó su honor, o atentó contra su vida, perturbó la salud, coartó su libertad, abusó de su imagen, publicó su secreto, etc.... Y el ofensor, aun cuando quiera ofender a la persona, sabe que dirige el acto sobre cualquiera de las partes o manifestaciones de ella, que están así diferenciadas; por injuria, tentativa de homicidio, ejercicio abusivo de la medicina, secuestro o retención indebida, divulgación de la imagen o del secreto, etc.... La ley para cada caso tiene su encuadre. Hay, pues, perfecta separabilidad intelectual o psicológica, pensada y comprendida por el sujeto de quien se trata, el que juzga, el atacante, los otros del deber y la ley protectora.

Claro que muchas veces la pérdida del bien implica la destrucción simultánea del sujeto, como el caso de la vida. Pero nada se contrapone por ello a la estimación diversificada entre dicho sujeto y ese bien.

Todo esto admite comparaciones con los objetos patrimoniales. Así, si yo defiendo mi heredad contra el usurpador, o mi derecho alimentario del acreedor embargante, estoy defendiendo mi propia persona que se sostiene y sustenta con esos bienes; no estoy más que protegiéndome a

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

mí mismo, caminando sobre mi propia sombra. Si he comprado y el vendedor escritura a otro, pierdo mi derecho sobre la cosa pero nace el subsidiario sobre el resarcimiento. Con el ataque se ha producido la desaparición total y simultánea del objeto principal que debe ser reemplazado.

La clave radica que en la persona es posible establecer facetas constitutivas, porque el hombre, substrato no descartable de aquélla, es polifacético y en su compleja formación adquiere el ser. Facetas que están unidas, que tienen manifestaciones que virtualmente pueden ser receptadas e individualizadas sobre la base de la tutela jurídica.

Orgaz llama la atención. Se hace aparentemente eco de la crítica para luego denominarlos "bienes personales" y estudiar la vida, el honor, la integridad corporal etc.(58)(1148). Son, pues, para él, bienes tutelados por la norma, pero pone en duda que sean objetos independientes del sujeto. Basta aquello para reconocer la existencia objetiva de los bienes. He ahí la posible autonomía.

El sujeto no está representado con exclusividad por su expresión de síntesis; el sujeto es, pero también se compone. Las variadas propiedades que le son inherentes pueden ser analizadas y determinadas. Ellas proyectan su impronta cada una, y cada una es defendida. La regla objetiva encuentra en cada una o en una generalización que comprenda un grupo, el cual no es más que una necesidad de política legislativa, el objeto preciso de la materia regulable; la referencia concreta para dirigir los preceptos tutelares y hacer posible que la persona decida al respecto, obre o accione en su caso. Tendrá, pues, con relación a los demás, bien delineado el objeto de su derecho subjetivo.

Es sumamente interesante el criterio de Barbero, porque en el derecho subjetivo surge el aspecto proteccional ante la ofensa, pero además, y antes de ello, es norma que puede ser observada, y, en ese momento, en la zona del actuar lícito, ha de cultivarse también el derecho. Presenta, más que como pretensión o poder contra o sobre otro, como licitud de actuación a fin de satisfacer intereses que la norma asigna. Es el agere licere, antítesis del agere debere. No otra cosa significa el primero y más imponente de los derechos subjetivos privados, el "derecho de libertad personal", que no consiste en impedir que alguien nos reduzca a esclavitud o lo menoscabe en otra forma "sino en la facultad de hacer lo que se quiere, de disponer de sí y de los propios actos dentro del ámbito consentido por el ordenamiento jurídico". Y ello ocurre con la propiedad porque, dígame lo que se quiera, no representa el poder de impedir que alguien robe nuestras cosas o se introduzca en nuestra casa, sino la facultad de gozar y disponer de ellas(59)(1149).

En los extremos también se expresó la idea de que se trata de derechos sin sujeto(60)(1150). Ya se ha visto que, desde un punto de vista constructivo, el sujeto es de la esencia del vínculo jurídico y, por ende, del derecho subjetivo. Importa determinar quién tiene el poder o la facultad concedida por la norma, pero es inaceptable descartar

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

totalmente al sujeto, que es la persona, porque no puede haber derechos en el aire, atribuibles a nadie.

Otros autores sostienen que el objeto son las demás personas que deben respetar la personalidad del individuo. Así, Ferrara y Rotondi. El objeto sería, según ellos, los otros hombres obligados a respetar el goce. Ferrara dijo que "la cosa es la platea del goce, no el objeto de los poderes jurídicos que se dirigen hacia los otros hombres"... "Hay que construir tales derechos como dirigidos hacia los otros hombres, teniendo por contenido la pretensión de exigir respeto de tales bienes personales". Rotondi: imponen a la "universalidad de los asociados la obligación negativa de una abstención que se traduce en el respeto de todas las legítimas manifestaciones de la personalidad ajena"(61)(1151). Creo que el planteo es erróneo. No contesta ni resuelve nada y confunde el deber correlativo del derecho con el objeto. Cabría preguntarse a qué se obligan los otros hombres, o, mejor aún ¿qué es lo que deben respetar? Hay uno que goza y puede exigir respeto sobre algo o sobre un aspecto de sí mismo, y hay otros que deben respetar ese aspecto determinado o ese algo. Se trata, no de transferir el algo gozado y respetado a alguno de los sujetos, sino de determinarlo con individualidad ya que es motivo de tutela jurídica. La norma no dice simplemente (y si lo dijera sería trunca): "usted exija y ellos respeten", sino que, entre la exigencia o poder conferido y el respeto o deber exigido de los demás, debe haber un "qué"; se exige sobre un "qué" y se respeta un "qué". Y ese "qué" no son más que los bienes que el mismo Ferrara menciona. Basta que me adhiera a la siguiente frase de Castán: "si el concepto de derecho subjetivo supone un poder al que el ordenamiento jurídico concede cierta autonomía, no puede negarse la posibilidad técnica de que sean objetivados por el Derecho, separándolos y destacándolos de la personalidad determinados atributos suyos, que son elevados a bienes jurídicos y consiguientemente a objetos de derecho, protegidos con una especificación civil"(62)(1152).

Por mi parte, he ponderado la visión de Campogrande. Debo corregirla, sin embargo, sobre la base de las nociones que sobre persona y personalidad he expuesto. Corrección ésta aplicable a la anterior frase de Castán. De ahí que para mí se trata de manifestaciones determinadas físicas o espirituales de la persona, objetivados por el ordenamiento normativo y llevadas al rango de bienes jurídicos. En ellas consiste el objeto de los derechos personalísimos, pero mírese bien que no digo "manifestaciones de la personalidad", sino de la persona. La personalidad no es más que la categoría jurídica necesaria para elevar a persona el ente humano.

CAPÍTULO IV: CARACTERES

Establecida la naturaleza jurídica con sus elementos y principios, es posible entresacar los modos de ser que diferencian la institución.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

1° Son derechos innatos

Este carácter requiere una suerte de depuración previa de ideas; por las resonancias históricas que la palabra produce.

Cuando se dice hoy que se trata de derechos innatos, se está significando lo que el Diccionario de la Real Academia expresa: connaturales y como nacidos con el sujeto mismo; que quiere decir nacer en, producirse. Ello porque el principio existencial coincide con el de la persona misma, son propios de su respiro vital; están indefectiblemente unidos al hombre en cuanto subjectum juris.

Se ha visto que la persona es el hombre con la cualidad jurídico - formal que emana de la regla objetiva: substrato más personalidad. Dicha personificación inevitable desde que el ser humano es, en virtud de un principio elemental y universalmente admitido, coloca a la naturaleza humana en el ámbito jurídico. A partir del inicial aliento el orden atribuye derechos porque otorga personalidad, y los primeros son los de la propia existencia: la vida, el cuerpo, el honor, la libertad, etc.... Tienen desde ese momento vigencia efectiva. Se adquieren con la persona misma; están adheridos a su materialidad viviente; le son connaturales, en una palabra, innatos.

Pero esta característica fundamental y exclusión, debe independizarse del viejo esquema filosófico de la escuela clásica del derecho natural. Consideraba ella poderes del individuo en un supuesto estado de total aislamiento, sin correlación con los deberes. Era una idea abstracta, vacía, que trataba de los derechos innatos por oposición con los adquiridos. El ordenamiento, se ha dicho, debe participar de lo verdadero y de lo cierto, y comprende elementos esenciales y accidentales, universales y particulares, originarios y adquiridos. Pero no es aceptable aquel estado de naturaleza anterior a todo enlace, contrario a la idea y a la historia del hombre, cuyo desarrollo físico, intelectual y moral, no es ni fue posible fuera de la sociedad. La Declaración francesa de 1789 tiene una raíz abstracta, porque se habla en ella de derechos anteriores a la sociedad y no menciona los deberes correlativos(63)(1153).

En el origen histórico de esa concepción se nota que influyó la pugna entre los gobernados y gobernantes despóticos; una reacción contra los extrapoderes del Estado totalitario y policial. Así fue como se expandió la idea de que había derechos anteriores al Estado opresor, para objetar en su base los principios que trataban de justificar la opresión y la omnipotencia real. Preexistentes, no creados, sino reconocidos por la comunidad posterior. Hoy, en cambio, es común el concepto de que el derecho subjetivo deriva del orden jurídico y que no hay poderes prejurídicos. Pero, por otro lado, como ese orden atribuye a todos, por el hecho de estar munidos de personalidad, determinados derechos, únicamente en tal sentido corresponde caracterizarlos como innatos.

Con gracejo señala Ravá que aquellos del estado de naturaleza fueron fatigosamente adquiridos, signados por torrentes de sangre y lágrimas.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Una vez adquiridos se convirtieron en patrimonio del hombre civil, de la misma manera que, a través de la evolución que explica Darwin, la facultad lentamente adquirida por el ejercicio de nuestros progenitores se fija en la especie y se vuelve para nosotros innata. De ahí que, los jus fundamentales por los que tanto se ha luchado, son ahora naturalmente inherentes. En la economía del universo la poca o ninguna fatiga de las últimas generaciones en pos de ciertas conquistas, debe compensar la fatiga y la lucha sostenida por las precedentes(64)(1154).

Algunos autores, como Campogrande, Carle y Ferri, criticaron la distinción entre derechos innatos y adquiridos. Dijeron que si los primeros derivan de la naturaleza abstracta de los hombres y los segundos de la voluntad concreta de cada uno, por un lado fuerzas elementales y por el otro su desarrollo, ¿cómo se determina el punto en que acaba la naturaleza y empieza la actividad humana? Ambos se deben referir a la humana actividad jurídica: los innatos in potentia, los adquiridos in actu. Pero estos últimos también tienen su raíz y génesis en la naturaleza del hombre; aquéllos no tienen otra vida que la que la sociedad les reconoce. Así, el de la libertad llegó a serlo cuando, en cierto grado de la evolución, el individuo tuvo fuerzas para hacerlo valer y la sociedad debió reconocerlo y sancionarlo; todos los derechos son innatos en cierto sentido y adquiridos en otro. Deben referirse a la capacidad jurídica de querer establecida por la ley. Ni la naturaleza humana ni el hecho del hombre los engendran(65)(1155).

Esa repulsa viene claramente influenciada por el positivismo, y va contra el jusnaturalismo. Pero insisto que tal aspecto de la connaturalidad no es el que sostengo, sino que para mí ella proviene de considerar el primer momento de la existencia del derecho. Si él aparece automáticamente con el principio de la persona, porque la ley lo regula desde entonces, es innato. En cambio, cuando aquélla prevé su entidad después, en etapas posteriores al hecho jurídico de comenzar a ser persona, es adquirido. Con tal significado la diferencia nada tiene de impropia y sí la ventaja de que pone de resalto un singular modo de ser de los derechos personalísimos, que los distingue especialmente de todos los otros subjetivos, los cuales derivan de otros hechos, actos o circunstancias ajenos al comienzo mismo de la existencia de la persona.

Debo poner énfasis en este primero y principal carácter. Importa, a mi juicio, un quid del que parte la más concreta especificación y una clara manera de enfocarlos. Todo derecho que no tenga esa particular característica de ser coetáneo con el principio personificador, no puede llamarse personalísimo, según el significado que aquí se asigna. El origen primario en el tiempo permite ubicarlos. Pero, atención, que no solamente eso, sino que unida la circunstancia de génesis a la de que es la única captable, de que no hay otra que la complementa para producir dicha génesis. Así, el estado de hijo podría decirse que nace y se genera con la propia existencia de la persona, pero no depende solamente de tal coetaneidad originaria, sino que se agrega el vínculo de sangre con el padre o con la madre; deriva entonces, dicho estado y sus derechos, de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

otra circunstancia extraña a la propia génesis.

La regla objetiva abre su abanico protector de la vida, el cuerpo, la libertad, el honor, en el mismo momento en que la persona es, y por el solo hecho de que comience a ser. A partir de allí, sin otro complemento, se tienen los derechos correspondientes. Claro que el concebido, el embrión, que por nuestro Código es persona(66)(1156), no tiene la posibilidad de exteriorizar sus facultades correspondientes. Sin embargo, está fuertemente protegido su respiro vital y llevado a delito tipo cualquier ataque a su existencia. Pienso que también tiene una limitadísima facultad de movimientos que no podría ser impedida sin atentar contra su cuerpo y su vida, aun cuando se quisieran emplear drogas de inmovilización en el seno; facultad que representa, embrionariamente, a la libertad, la cual poco a poco podrá ser distinguida y captable en sumo grado. Pienso, asimismo, que en cuanto al honor, es tal la situación de claustro del nasciturus que parece inconcebible la ofensa, pero, sin embargo, no por eso está menos protegido. Me pregunto, ¿no podría imaginarse el caso de un por nacer difamado con respecto a su origen y legitimidad, aun cuando la difamación parezca confundida con la ofensa que recibe la progenitora? ¿Y la publicación de la imagen radiográfica del feto no conformada por el representante? Teóricamente, al menos, no veo la posibilidad de negar el principio de que se tiene cuerpo, libertad y honor desde que se es sujeto para el ordenamiento, y a partir de allí se goza de los correspondientes derechos subjetivos. Es inconcebible el sujeto jurídico físico sin alguna de tales manifestaciones de la persona. En cambio, cualesquiera de los otros aun personales, como el moral de autor, el nombre, el alimentario, los de familia, y los patrimoniales típicos, no tienen dicho ligamen inseparable y único que se ubica en el origen mismo de la persona.

Se dice, sin embargo, que puede turbar el conocimiento de la verdadera naturaleza jurídica, pues con carácter de generalidad es inexacta, ya que, algunos, como el moral de autor, no surgen por el mero nacimiento de la persona sino que reclaman la concurrencia de ciertas circunstancias de hecho(67)(1157). Perdóneseme la expresión, pero para mí ese argumento es "tomar el rábano por las hojas". Más bien, pongo en duda si los señalados son verdaderos derechos personalísimos, precisamente porque les falta, entre otras cosas, la característica principal de ser innatos, lo que revela que no tienen una ligadura con la persona inevitable y necesaria desde el comienzo.

2° Son vitalicios

Consecuencia de lo anterior y por los mismos fundamentos, surge la trayectoria ad vitam. No pueden faltar en ningún instante de la vida humana, porque a la par de su inmersión jurídica son derechos imprescindibles de la persona. Imposible concebirla en algún momento de su recorrida sin vida, honor o libertad. De ahí que la acompañen en todo su aliento jurídico, y que también, cuando este carácter no se pueda

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

valorar de ese modo radical y absoluto, habrá que comenzar a interrogarse si el objeto enfocado es un verdadero derecho de la personalidad, y se llegará a la negativa, como trataré de probarlo con respecto al nombre (falta en el nasciturus), la marca, el moral de autor, etc.

Pese a que Ravá combatía la doctrina del jus in se ipsum comprendió que se origina con la persona y que su fin coincide normalmente con el de ella. A veces, pensó, pueden terminar por alienación o renuncia (Gierke) o porque se ha separado una parte del cuerpo y se transforma en propiedad (Gareis). Pero, yo creo que ninguna de tales circunstancias acaba con el derecho correspondiente, so pena de rebajar la persona a la categoría de cosa. Lo que ocurre es que temporariamente se limita el ejercicio o se desgaja una parte del todo, lo que no puede tener el efecto de desconocer la existencia del derecho que la norma protege por vida, ni de perderlo en su totalidad. Se trata de un tiempo y de una parte, pero no de una enajenación perpetua y de una pérdida total.

3° Son derechos necesarios

Con lo dicho se desemboca en este otro carácter. Se tienen fatalmente porque nacen con la persona y por vida la acompañan, amén de los reflejos posteriores de la muerte. No pueden faltar. Esto es una consecuencia de lo anterior y de la función constitutiva, dentro de la inserción jurídica, que el ordenamiento asegura. Cuando Barbero habla de "necesariedad", con exactitud revela que ella distingue a los derechos personales y los eleva por encima de los de estado, o sea, de los que dependen de un "estado personal" del sujeto: ciudadanía, familia, etc., los cuales no son necesarios. A diferencia de todos los demás derechos no se ausentan en el origen y tampoco se pierden definitivamente durante la vida de la persona. La autoridad pública, mediante penas que castigan una conducta socialmente nociva, como las restrictivas de la libertad personal, solamente quita o limita el ejercicio(68)(1158).

Es decir que, como se observa, estos tres caracteres tienen correlatividad absoluta. Establecido que son innatos, vitalicios y necesarios, se deslizan otros menos radicales pero también ubicadores. Aquellos funcionan sobre las mismas bases argumentales, con un sostén idéntico, y recíprocamente se sustentan. Son la trilogía primera y principal para caracterizarlos. Además exclusiva, porque no hay otros derechos que se asienten tan fuertemente en esa estructura tripartita.

4° Son derechos esenciales

Lo opuesto a la eventualidad. Eventuales son, precisamente, los que en casos dados faltan o están ausentes con relación a un determinado sujeto. Vienen por derivación de circunstancias ajenas al mismo principio de la existencia de la persona, y, por eso, se dice que son derivados o adquiridos. Pero, los personalísimos, dado que representan un mínimo

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

imprescindible para el contenido de aquélla, son esenciales. Si el ordenamiento los desconociera, todos los otros derivados o eventuales perderían interés para el individuo, ya que dejaría de ser persona tal como se la concibe. ¿De qué valdría la propiedad, la patria potestad, etc., sin libertad asegurada, sin honor respetado, vida que se proteja o intimidad garantizada? Por ello son esenciales, características que también se les reserva especialmente.

De Cupis cae en las redes del error ya señalado cuando, a pesar de que pone de relieve esos caracteres indudables, se desdice frente a los llamados derechos de autor, y entonces, piensa que innatos son todos los de la personalidad, pero puede darse la hipótesis de los que no aparezcan sobre la base del simple presupuesto de aquélla, "e che tuttavia, una volta sorti, acquistino carattere di essenzialità". Considera que para tal especie la esencialidad se presenta como atenuada, pues, el fin de asegurar un concreto valor de la personalidad no llega a exigir necesariamente su existencia, pero simplemente en la continuación de ella, una vez que pueden eventualmente verificarse por una especie de hecho (fattispecie) agregándose el presupuesto de la personalidad(69)(1159). En realidad, lo que pasa es que, si se problematiza la innatura y vitalicia condición, más la necesidad y la esencialidad, está seriamente puesta en duda la ubicación en la categoría explicada.

Además del origen y del papel que juegan en la configuración jurídica de la persona, también se ha dicho que son derechos esenciales porque tienen por objeto los bienes más elevados susceptibles de señorío jurídico, los de mayor aprecio frente a otros materialmente importantes.

5° El objeto es interior

Con lo dicho se va de la mano hacia la inherencia, es decir, que son inseparables de la persona. Las manifestaciones que comprenden están unidas de tal modo con el sujeto que no es posible la escisión. Porque, en cierto sentido, son sus formas y elementos constituyentes, presuponen el ser.

El rigor lógico obliga a precisar los conceptos. La norma que da la personalidad es exterior al hombre aunque creada por él. Por eso, no puede decirse que deriva o es producida por la libertad, el honor, etc.... A la inversa, ella empalma con el hombre con un resultado nuevo: el sujeto jurídico. En el propio comienzo de la ligadura, diría, al tiempo mismo del ensamble se asegura, por efecto instantáneo y automático, a los derechos personalísimos. Ahí se deja de ver qué el hombre y la personalidad son presupuesto de aquéllos como de todos los derechos, y no a la inversa. Pero presupuestos que van unidos al producto de la combinación, inseparables del sujeto jurídico.

Por otra parte, debe destacarse algo muy especial: la interioridad del objeto. Dado que son manifestaciones de la persona captables idealmente aunque inseparables por unidas con ella, lo que en otras

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

palabras puede decirse: facetas o aspectos que jurídicamente la ponen al descubierto, la dan a conocer; o, modos peculiares de su ser, no están separados ni son orgánicamente exteriores a la propia persona. Hay un todo o unidad con distintos semblantes que lo muestran. Estos semblantes pertenecen a aquél, luego, le son inherentes y al tiempo interiores, puesto que se dan en él, están comprendidos en él. No pueden tener por objeto una parte del mundo circundante.

Esta característica del objeto es tan importante y definitoria como la de tratarse de derechos innatos. Tiene también la fuerza de la exclusividad. Únicamente las manifestaciones que corresponden a los derechos personalísimos son interiores. Todo objeto que no lo sea, vale decir, que tenga exterioridad, independencia y cuerpo real o ideal fuera del sujeto, es ajeno a la categoría. Por lo mismo que se ubica afuera puede decirse que el derecho correspondiente deriva de circunstancias extrañas al nacimiento mismo de la persona y no tiene vitalicia existencia. La encarnadura sensible, el hombre más personalidad, produce la interior condición del bien regulado. La distancia entre el sujeto y el objeto, ya se ha visto, es virtual, captable sólo idealmente. Noacco ha dicho que es imposible escindir el sujeto del objeto sin quedarse sin ambos, o, en el mejor de los casos, sin el objeto. Este forma parte de la persona "pero nada más que una parte". Dicha distancia tiene un carácter ideal, no cuantitativo(70)(1160), ni orgánico o material.

Un bien personal deja de serlo cuando se lo separa de la persona.

La interioridad no quita que tenga muchas veces apoyo en bienes exteriores para subsistir. En efecto: sin alimentos no es posible la vida, y sin una cierta cultura, fama o relaciones con lo circundante, el grado de honor disminuye. Tales comunicaciones necesarias, sin embargo, no tienen fuerza para desinteriorizar a los bienes personalísimos. Es más, ellos son independientes aun cuando necesitan de los exteriores. Son per se, y son internos también per se. Los exteriores no hacen otra cosa que auxiliar; constituyen un complemento, aunque muy importante, para los inherentes al hombre. En consecuencia, no están comprendidos en este sector jurídico de la personalidad, cuyos bienes son interiores y postulan la abstención de los terceros.

6° Son derechos inherentes

En el punto anterior quedó señalada la inseparabilidad del objeto respecto del sujeto. Unión inescindible que califica la inherencia. Pero en un sentido más amplio, como el que resulta del artículo 498 de nuestro Código Civil, dicha calidad se refiere a una particular posición del sujeto que hace intransmisible el derecho. Ello deriva, para el caso, de la mentada unión inseparable. Claro que muchos otros que no son personalísimos con el enfoque dado, tienen inherencia porque basta que haya identidad del derecho con el sujeto activo. Así, algunos de familia, otros creditorios y aun reales. Basta que por el enlace jurídico previsto normativamente esté prohibida la transmisión mortis causa y por actos

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

entre vivos. Tal el caso de la patria potestad, la tutela, los alimentos, los laborales, el real de uso y habitación, etc.

Por ello, el calificativo de inherentes no es privativo para los de la personalidad. Los separa de un grupo importante de derechos, pero no los distingue de otros ajenos a su especie. Unido a los demás caracteres representa una manera más de singularizarlos.

7° Son derechos extrapatrimoniales

Una división general que se ha aceptado es la de que se trate o no de derechos patrimoniales. Sin embargo, el encajamiento en tales categorías no abre el campo estructural más que por una parte muy amplia y vaga, y deja amalgamados muchos otros derechos con distinta índole. Así, cuando se dice que no son patrimoniales o que son extrapatrimoniales, se hermana a todos los que tienen idéntica condición pero aristas singulares, como los personalísimos y los de la familia.

Desde ese punto de vista general, cabe interrogarse si la no patrimonialidad de los personalísimos importa referirse a que no son apreciables monetariamente o si carecen de efectos económicos. El primer aspecto es indiscutible. Sería absurdo sostener que se asientan sobre bienes estimables en dinero. Desbordan toda apreciación pecuniaria. Ravá, sin embargo, señala que Heusler y Ratto criticaron a Campogrande sosteniendo que tienen naturaleza patrimonial(71)(1161).

El despropósito es evidente, porque sería tanto como volver a las antiguas edades en que servían de garantía por las deudas y se les adjudicaba una función de intercambio y un valor en dinero.

Ahora bien, dicha condición del objeto no significa que no produzcan consecuencias patrimoniales. Pero esas consecuencias son indirectas o mediatas. Los del lado opuesto, en cambio, como la propiedad, el crédito, aparte de su natural mensura económica, tienen directa resonancia pecuniaria porque aseguran al sujeto con inmediatez una utilidad económica.

Las manifestaciones de la personas carecen por sí de esa propiedad. Permiten conseguir bienes económicos y exteriores, pero no se identifican con ellos. Por medio del cuerpo, la energía intelectual, el libre movimiento, la persona acopia los elementos necesarios para su existencia, y aun otros goces dinerarios no indispensables. Mas no por ello se identifican tales productos con el bien productor o reproductor.

Por otra parte, cuando se violan o atacan es posible obtener la indemnización, pero ella sólo importa, las más de las veces, el resarcimiento que garantiza la compensación de aquellos bienes que, como consecuencia del ataque, no se produjeron o no se podrán conseguir. El efecto es aquí, otra vez, indirecto; no se confunde con el objeto mismo del derecho. Hay un ligamento vario y frecuente entre los bienes personales y los que están unidos de utilidad económica, pero no se identifican. Ligadura que, a la vez, tiene carácter eventual, o sea, no fatal, no necesario, porque en si y por sí no son bienes patrimoniales

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

pero pueden ser fuente de ellos, como pueden no serlo según la naturaleza individual, posición social, voluntad del sujeto. Consecuencia: si se ofende un bien interior el tercero debe resarcir porque tenía, en concreto, la posibilidad de producir bienes o utilidades. Además, se debe resarcir el daño no patrimonial, llamado agravio moral(72)(1162).

Debo señalar, por último, que esta general clasificación ha sido mirada desde distintos ángulos. Se piensa que los derechos son personales o patrimoniales, así radicalmente, ubicando entre los primeros a los personalísimos. Pero a pesar de lo apropiado del término, porque refleja sin hesitación la calidad extrapeculio del bien involucrado, lo cierto es que, como hábito hecho carne en la ciencia jurídica, la expresión "personales" más que derechos de la persona, ha venido a significar "derechos de crédito", no como contrapuestos a los patrimoniales, sino a los reales. Desde Hegel transitó la crítica(73)(1163), y aun cuando es razonable el uso se ha generalizado. Sólo pocos autores, como Coviello, se resisten a aceptar esa terminología: no hay que confundir, dice, las diversas especies de derechos, ni menos llamar personales a los de obligación. "Junto a las semejanzas exteriores existe una diversidad sustancial que surge de la naturaleza del interés principalmente: interés ético para los derechos personales, interés económico para los patrimoniales"(74)(1164).

8° Son derechos relativamente indisponibles

Aceptado lo anterior, pero principalmente las condiciones ad vitam, de inherencia y extrapatrimonialidad, se llega a la de que no son disponibles. Quiere decir esto que no es posible determinar un nuevo destino en el derecho, incidir en él de cualquier manera y, menos, pasarlo a otra persona. Tal indisponibilidad si se la mira con amplitud abarca muchas otras cosas: intransmisibilidad, irrenunciabilidad, inenajenabilidad, inembargabilidad, inejecutoriedad, inexpropiabilidad, imprescriptibilidad e insubrogabilidad. Son conceptos de técnica jurídica. Sin embargo, todo ello debe encuadrarse bajo un criterio no radical, sino relativo. Así como no existe una disponibilidad absoluta, tampoco es exacto el sentido inverso. Más que de disponibilidad o indisponibilidad del derecho, observó Teucro Brasiello, se debería hablar del bien al que el derecho se refiere. En los patrimoniales aparece más evidente la nota de disponibilidad, de ahí la gran eficacia del consentimiento. Pero también, en materia de no patrimoniales "cuando la protección no tiene una finalidad social verdadera, sino que protege un interés cuya apreciación es demandada exclusivamente por el titular individual del bien"(75)(1165).

Tanto es así que un examen particular lo demuestra. La no transferibilidad deriva de la estricta e íntima relación con el titular, porque son bienes que únicamente tienen sentido para los propósitos y necesidades suyas. No es cambiante el sujeto debido al nexos orgánico. Con todo, se hace posible el cambio de parte del cuerpo, lo que hoy

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

tiene en medicina gran resonancia a través de los injertos y los trasplantes. Estos, en ciertos casos, son lícitos.

La no renunciabilidad tiene asiento en el hecho de que son bienes que no se pueden perder o extinguirse durante la vida del sujeto. La facultad renunciativa proviene de la de disponer. Puede haber derechos renunciables aunque no transmisibles, como algunos patrimoniales llamados *intuitu personae*. Los personalísimos tienen ambas calidades negativas en razón de ser vitalicios, inherentes y necesarios. Barbero los llama por ello "inadmisibles", en el sentido de que no pueden ser no sólo enajenados, sino ni siquiera perdidos mientras viva la persona. Pese a ello, surge el límite a ese encuadre. Puede suceder que el sujeto consienta la lesión ya sea física o moral, la soporte. Ello pone frente a una facultad mínima de actuación deliberada. En el campo penal, cuando los intereses públicos están de por medio (homicidio, aborto, lesiones graves, etc.), ni siquiera se descalifica el tipo delictivo. Pero en otros casos en que el Estado no debe preocuparse en la defensa de intereses generales, porque sólo están atacados los bienes personales, el consentimiento de la víctima destruye la punibilidad. Si se atiende al privado restringidamente se permite soportar, pero se permite. Desde ese ángulo la permisión importa no impedir el ataque y renunciar, aunque modestísimamente, al bien; siempre que no se repercuta sobre la moral y las buenas costumbres. Así, el caso de la publicación de la imagen consentida; el de la intromisión en la vida privada sin oposición; la injuria pública que se tolera. Todo ello no importa, insisto, renunciar al derecho sino al bien, y en corta medida, temporariamente. El derecho en esencia es indisponible, sólo pueden cederse algunas facultades.

La imposibilidad de enajenar produce la consecuencia de hacerlos inembargables e inejecutables. Estos son modos de disposición activa que implicarían poder transmitirlos. Modos muchos menos aceptables que la simple facultad de soportar una lesión. No hay acto o contrato que pueda producir esas consecuencias de la ejecución forzada, lo que se sustenta en las características del objeto que está fuera del comercio, es interior e inherente, encarnado en la persona. No obstante, se ha permitido la enajenación de la sangre o de la leche madre para los bancos hospitalarios; es posible la venta de una imagen o fotografía para su explotación publicitaria; en algunos casos se ha negociado la córnea de los ojos. Hasta dónde llegan esas facultades y las consecuencias de tales actos, será estudiado en la parte especial.

Las razones anteriores explican suficientemente la inexpropiabilidad. La expropiación forzada se da con respecto al patrimonio.

Son derechos imprescriptibles porque los bienes sobre los que recaen están fuera del comercio, e insubrogables porque, por lo mismo, no resulta posible el reemplazo de un titular por otro. En tal sentido el art. 3952 del Código Civil establece: "Pueden prescribir todas las cosas cuyo dominio o posesión puede ser objeto de una adquisición", y el 1196 aparta de la acción subrogatoria a los derechos y acciones inherentes a la persona del deudor.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Ha de señalarse, sin embargo, que hasta dicho concepto es también relativo, porque la prescripción liberatoria recae sobre la acción por el resarcimiento de los daños (art. 4037 del Código Civil), que la ley llama de responsabilidad civil por injuria o calumnia, perjuicios por delitos y cuasidelitos. Según la sustitución de la ley 17711, simplemente, "responsabilidad civil extracontractual". Y ya expresé que tal reparación no es más que un reemplazo o sustitución por la imposibilidad de restituir en especie el bien lesionado; de ahí que, aun con respecto a los agravios morales, hay una especie de prescripción que si bien no ataca el derecho, lo desnuda de su fuerza civil sancionatoria. Además, esa consecuencia del tiempo y la inactividad no puede recaer sobre la acción de abstención, la cual se relaciona directamente con el bien que está fuera del comercio (art. 4019, inc. 19 del Código Civil).

9° Son derechos absolutos

Se ha dicho corrientemente que un derecho tiene ese carácter cuando enfrenta al titular con todas las demás personas; oponible, pues erga omnes. Relativo, si aquél directamente lo puede hacer valer con respecto a un sujeto determinado. Los reales son ejemplos típicos de la primer categoría y los de obligación o creditorios, de la segunda. En aquélla surge una obligación que algunos han llamado pasivamente universal, porque todos deben respetar las facultades del sujeto sin especificarse el agente o los agentes del deber. En la otra, el vínculo es de persona a persona, tal como en los contratos y relaciones de familia (patria potestad, matrimonio, tutela, etc.). Desde ese punto de vista que también puede caracterizarse como "poder jurídico de exclusión", los personalísimos son absolutos.

El poder conduce a un directo enfrentamiento con todos los miembros de la comunidad organizada, para impedir la turbación u ofensa en el goce previsto. Hay facultades de obrar y de gozar no impedibles por nadie, pero se carece de relación directa y sincronizada con uno de los sujetos de dicha comunidad. En esto, los vínculos tienen parecida estructura a los del derecho real de dominio.

La correspondencia o nexo que proviene de la "alteridad" o proportio hominis ad hominem, tiene atinencia con el "yo" ante los que están fuera de "mí". Todos ellos son destinatarios de las normas que establecen las potestades jurídicas individuales, y cada uno se encuentra vinculado por la obligación pasiva de no hacer. Pero, entonces, cabría preguntarse si la libertad pública constitucionalizada forma también parte, ya que, en realidad, el sujeto se enfrenta con otro sujeto, el Estado. En ese caso, se enfocan particulares aspectos públicos de un posible derecho a la libertad, tema que desborda el privado que aquí se analiza.

Hay quien con buenos argumentos critica la distinción. En efecto, los relativos u obligacionales como los absolutos, se sustentan en preceptos legales que valen ante todos. El crédito no existe solamente con respecto al acreedor, sino también a los terceros que deben respetar la relación

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

vinculatoria de donde emerge, y, por ese lado, se hace presente, a su vez, un deber de abstención. Deber éste general que es nexa con los dos sujetos: el respeto al crédito activo y no impedir que el pasivo cumpla, porque el deber aquí viene a convertirse en derecho de cumplir honesta y libremente, sin molestias o cortapisas. No obstante, hay una jerarquía y un enlazamiento especial en cada una de las categorías. El crédito significa que debe cumplir el deudor, pero no confiere el goce directo sobre el bien. La propiedad permite el inmediato goce de dicho bien, sin intervención de otro sujeto y en forma ajena al vínculo intermediario. Entonces, lo primero que salta a la vista es que en ella está el sujeto y la cosa, de donde deriva sin otro ingrediente analítico el deber negativo, *neminem laedere*. En el crédito, en cambio, se ubica como primicia el lazo que impone al deudor una conducta determinada para que se haga posible el goce del bien por parte del sujeto activo. Esta manera de resaltar las diferencias justifica la clasificación, por más de que, a la postre, ambas categorías tienen bases comunes por el respeto *erga omnes* que imponen.

Aceptado el distingo, los derechos personalísimos deben considerarse absolutos.

En sentido diverso a la dirección *erga omnes* expuesta, algunos autores consideran el grado de intensidad de la protección acordada. De modo que absolutos serían aquellos derechos que están protegidos contra cualquier ataque, el cual objetivamente es antijurídico, mientras que, relativos, aquellos en que el bien sólo se ve tutelado frente a determinados ataques previstos en la ley o desaprobados según un criterio elástico: buena fe, buenas costumbres, usos honestos, orden público. Lo decisivo sería no quien intervenga en la agresión, sino la manera en cómo lo hace.

10° Son derechos privados

Sin desconocer la posible existencia de derechos subjetivos públicos y, entre ellos, algunos sumamente afines con los personalísimos, éstos se ubican en un punto ajeno (aunque no del todo) a las relaciones con el poder público, pues se trata de interferencias entre particulares.

Aun para el supuesto de que en la legislación privada faltaran las bases de donde con expresa declaración se pudieran perfilar, muchos aceptan que en las normas penales es posible determinar derechos de carácter privado. El carácter público o privado no se altera por la punibilidad del acto. La lesión a un derecho privado puede tipificarse en un delito criminal. El elemento público, en ese caso, se inserta en la norma objetiva pero no en el derecho subjetivo correspondiente. Caso contrario, o sea, no aceptando la conclusión que muestra las dos caras del problema, la propiedad o el ejercicio del comercio, para dar dos simples ejemplos serían públicos porque con ellos en la ley penal se tipifica el hurto, el robo, la usurpación y la quiebra fraudulenta. Frente a la violación y el acto delictual, puesta en marcha la acción pública correspondiente,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

habría que arribar a la irrazonable conclusión de que se atacó un derecho subjetivo público, o un bien que no es derecho.

Igual razonamiento debe aplicarse a la vida, el cuerpo, la libertad, etc. Su carácter privado es ajeno a la consecuencia penal, y la consecuencia penal no borra el derecho correlativo. Antes bien, puede afirmarse que al protegerlo lo sustenta. Por satisfacerse con ellos aspiraciones y necesidades propias del individuo, entran en la esfera de la utilidad privada. A través de un aspecto específico también hay derechos públicos (verbigracia, la libertad civil), con respecto a los cuales la colectividad representada por el Estado podría oprimir al individuo ahogándolo con sus poderes, y la Constitución, antes que nada, interviene en defensa de aquél. Pero, repito, aquí sólo se enfoca el especial aspecto de las interferencias interindividuales, o sea, de los particulares entre sí, y no aquélla con la persona jurídica del Estado.

Castán ha observado que, aun cuando sean fundamentalmente privados, participan de elementos públicos como también sucede con los de familia, por lo que, la mayor parte son a la vez deberes(76)(1166). Y, Barbero con una exactitud que suscribo, dijo: "Si bien envueltos en gran parte en una tutela de orden incluso penal, que en la mayoría de los casos hace su violación perseguible de oficio por el mismo orden jurídico, no por ello pierden su naturaleza de derechos privados, pues, por ejemplo, el hecho de que el homicidio sea perseguido mediante acción pública penal, no hace que desaparezca la pretensión privada, tal como se la puede contemplar, por ejemplo, en la legítima defensa"(77)(1167).

Por seguir en ese orden de ideas, diré que la denuncia penal es un movimiento personal de defensa para que se ponga en marcha el aparato represivo público. La efectúa el propio damnificado con entera privanza y especial voluntad de tutelar o resarcirse por el delito, actuando, pues, en una etapa previa al sistema judicial, pero normativamente establecida. Además, están aquellas acciones privadas y de instancia privada, como las de injuria y violación. Recuerdo que se hace imprescindible, para el caso de que se considere al derecho subjetivo solamente por su defensa y tutela. Pero, si se lo mira como forma de actuar u obrar facultada por el orden jurídico, ni siquiera hace falta traer aquéllos a colación. La propiedad se usa y se goza, sin perjuicio de que, dado el hurto, se requiera la protección jurisdiccional del Estado para la restitución del goce que, en realidad, viene a ser la verdadera exteriorización del derecho. Y lo mismo ocurre y puede pensarse de la vida, el honor, la libertad, etc...

11° Son derechos autónomos

Los caracteres expuestos y combinados revelan una autonomía digna de remarcarse.

Ante todo, el hecho de ser innatos es algo exclusivo de ellos, como se ha visto. No hay otros derechos connaturales, por nacer en, o producirse

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

con la producción del sujeto mismo. Todos los demás dependen, en mayor o menor medida, de circunstancias extrañas al origen o nacimiento. Otra fisonomía única es la de que son vitalicios. Ambas ayudan para entender su especial modo de ser, la no patrimonialidad y la absolutez. En efecto, el primer aspecto los contrapone a los derechos reales y sobre otros bienes inmateriales; el segundo, a los de crédito y de familia, aun cuando estos últimos pueden participar de las dos características. O sea que tienen en común con los reales el carácter absoluto, pero se apartan por la extrapatrimonialidad .

La esencialidad es una pauta también singular que se combina con la inherencia y la interioridad de los objetos.

Una mirada de conjunto a todas esas connotaciones nos pone enfrente a una figura particular, no identificable con las otras; especie que se diferencia de todas; categoría inconfundible de derechos subjetivos que tienen por ello carácter autónomo.

CAPÍTULO V: DENOMINACIÓN

También en esto se presentan dificultades. Pero ellas, que producen polémicas y disentimientos, necesidad de búsqueda y ubicación precisa, no hacen más que afirmar la vocación de existencia, así como, el autor discutido y la obra resistida, se hacen famosos y vigentes. Quiero con ello decir que, no por problemática una institución jurídica, controvertida y espinosa, deberá ladearse con indiferencia y menosprecio. Todo lo contrario, el estudio que tienda a desentrañar sus escollos y la discusión sobre cada uno de los pormenores de su estructura, ponen de resalto la fuerza misma de su vida en naciente, que es lo mismo que pensar en las dificultades de la génesis, en los primeros respiros inciertos; y también, en la lozanía y juventud.

Recuerdo que los primeros pasos fueron dados bajo el título *jus in se ipsum*, que traducido significa "derechos en la propia persona". Tal preposición *in* no es la correcta, porque los *iura* no han de verse como aislados, por encima o dentro del sujeto. Si se quisiera con ella indicar alguna relación de lugar, posición o tiempo, desaparecería el sentido nominativo del empleo de la frase, para tomar forma descriptiva. No hay que olvidar, al tratarse de derechos subjetivos requieren el enlace, lo que no impide que el objeto sea interior. El objeto sí, pero no los derechos. Los derechos siempre están por fuera porque provienen de la correspondencia entre sujetos y producen la correlatividad, para la teoría dominante, con los deberes; o, en todo caso, una dirección de la persona hacia la norma objetiva (Rarbero). De ahí que no son "derechos en", *in*, o dentro del sujeto. Esa especificación descriptiva se aplica al bien, como manifestación interior, pero no a los *jus* que, por medio de ese bien, se exterioriza frente a otro u otros, todos los demás o la norma, obligándolos.

Después de la hábil creación de Gareis la palabra alemana

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Individualrecht tuvo gran difusión. Con ella no se quería expresar el equivalente de "derechos individuales" (droits individuels o diritti individuali, en francés e italiano), sino algo cercano a la concepción de "derechos sobre la propia persona". Se la tradujo erróneamente por "derecho singular". Gareis la acuñó cuando preparaba las leyes sobre marcas de fábrica, patentes y propiedad artística. Buscaba ampliar la esfera jurídica individual, oponiéndose al predominio colectivo. Por ello el Individualrecht significaba una referencia positiva a los derechos de cada uno en contraposición o como contrapartida de aquéllos de la sociedad. Usada en el campo de los de la propia persona, aparece, entonces, como inoportuna y demasiado extensa. Kohler la limitó a un solo derecho de la personalidad, sobre el nombre y sobre la marca. El mismo Gareis, junto con Fuchsberg, al hacer el comentario al Código de Comercio (1891) abandonó el vocablo y lo reemplazó por Individualitätsrechte o "derechos de la individualidad". Más tarde, todavía, siguió a Gierke y volvió a la expresión persönlichkeitsrechte, o "derechos de la personalidad".

El nombre "derechos sobre la propia persona", que para Carnelutti sería más acertado "sobre el propio hombre" o "sobre sí mismo", presenta serias desventajas. La preposición "sobre" se asienta sobre la idea de posesión o dominio que no se compadece con las graves cortapisas que el orden público impone con respecto a los bienes de la vida, el cuerpo, etc.... Si se le da el sentido de encima, de, tampoco es apropiada porque no hay nada "antes" o de mayor elevación que la persona, prius o presupuesto de todo derecho. Si a dicha preposición, en cambio, se la entendiera como significativa de "cerca de", se pondría de relieve un problema de distancia espacial que no es la clave ni el punto de referencia interesante. Aquí no hay cercanía o alejamiento, sino interioridad del objeto. Algunos autores piensan que ese nombre facilita la crítica de que falta un objeto independiente: aparecen identificados el sujeto y el objeto. La persona no puede representar ambos papeles al tiempo, de ahí su inconveniencia (Messineo). Pero, aparte de Carnelutti y los antiguos, Azzaritti - Martínez lo apoyan(78)(1168).

Hay quien los llama "originarios" o "innatos". El término, aun cuando corresponde a una de las más caracterizadas notas distintivas, no es ajustado porque peca por incompleto y arbitrario, ya que implicaría bautizar en función de uno de los caracteres, a pesar de que sea sumamente diferenciador. No es el único; hay otros tan diferenciadores, y todo es un conjunto de modos de ser que deben verse reflejados en el nombre, o pensados gracias a él. Por otra parte, esos vocablos recuerdan la destronada teoría de Rousseau y sus acólitos sobre el adánico estado de naturaleza.

También se han usado las palabras "fundamentales" y "primordiales"(Carbonnier). Otros derechos lo son y no están comprendidos ni por asomo en la categoría. Así, de acuerdo con nuestras constituciones de corte liberal, el de la propiedad. Algo de dicha confusión ocurre también con la voz "esenciales" (Gangi). Castán piensa,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

sin embargo, que sería preferible combinándola: "esenciales de la persona" o "subjetivos esenciales", porque se pondría de relieve el ámbito restringido y la importancia, ya que están vinculados con la idea de la personalidad humana, y la ordenación positiva no puede desconocerlos so pena de dejar de ser jurídica. Cita a Battaglia, para quien no se puede destruir las exigencias perennes del hombre ni dejar de reconocer un núcleo esencial de motivaciones ineludibles y primarias, las que hacen que el hombre sea hombre(79)(1169). De acuerdo con esas ideas, pero no para imponer el calificativo de "esencial" porque no es del todo distinguidor. Muchos otros derechos podrían llamarse esenciales aun cuando no correspondan a los personalísimos. De Cupis parece haberlo comprendido así, pese a que en varias partes de su obra se refiere a la característica que el vocablo encierra, la cual, por cierto, no es exclusiva ni única.

Quizá fuera exacto que ésta es la única categoría de derechos que merecieron llamarse "personales", pero ya este nombre se ha generalizado como indicando los de obligación o crédito en oposición a los reales. El uso y la práctica, pues, impiden a esta altura del debate acoger dicho término, el cual ha adquirido una dirección estable y específica.

"Derechos de estado" (Windscheid, Bruns, Wächter) es un apelativo que no tiene parecido ni parentesco. El estado importa la posición jurídica en el grupo, y se relaciona, muy especialmente, con la familia.

Desde ya que al no aceptar la teoría unitaria, queda huérfana de sustento la denominación que de ella deriva: "derecho de la personalidad" (Coviello) o "a la personalidad".

Pienso que el nombre mejor, el más preciso y exacto es el de "derechos personalísimos". Contrariamente a lo que opina Messineo, él no tiene nada de vago ni confundible. Primero porque pone el acento en la pluralidad. Después, porque el calificativo "personalísimo" hace más íntimo y acendrado el solo vínculo personal, como característica que engloba a todas las otras. Claro que dicha acentuación se vuelve necesaria ante la circunstancia de que el vocablo "personales" ha sido confundido con derechos patrimoniales (de obligación). Pienso, además, que algunos no patrimoniales, como los de familia, también podrían quedar comprendidos entre los "personales", de ahí que, al usar el adjetivo "personalísimo", se remarca la íntima adhesión al sujeto, se machaca sobre todas esas maneras de presentarse la especial inherencia, particular intimidad, que deriva de la interioridad de los bienes o manifestaciones involucrados. Es como afirmar: más que personales; mayor acercamiento todavía a la persona; algo que tiene atinencia con lo que es propio estrictamente con ella. La patria potestad podría considerarse "personal", por ser extrapatrimonial y perteneciente a la persona del padre; pero el honor, no requiere paternidad, basta la persona, es, pues, personalísimo; de la persona por ser persona. Me parece ese término sumamente expresivo y altamente distinguidor. ¿Qué otros derechos podrían llamarse personalísimos? Solamente éstos que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

no requieren más que la existencia, ya que son y se sostienen en ella; que giran en torno a la persona, por y para ella. Rotondi, Pugliatti y entre nosotros Corbellini, prefieren dicho título. Dijo Chiovenda: "elegimos esta expresión entre todas porque es la más breve e inequívoca, y designa derechos absolutos no reales"(80)(1170).

Sin embargo, firmemente convencido como estoy, debo reconocer que va tomando carta de naturaleza en la mayoría de los autores, extranjeros y nacionales, el nombre "derechos de la personalidad". Me remito a la noticia bibliográfica de Gatti(81)(1171). Hay motivos que hacen incorrecto el uso de tal denominación. La personalidad, ya se ha dicho, es cualidad jurídica formal invariable y objetiva, que se adhiere a la sustancia "hombre" para recalar en el concepto compuesto de "persona". Sola no es más que un objeto exterior normativo y que, por cierto, carece de posibilidades propias. No puede, entonces, tener derechos ni a ella le pertenecen. Sólo la persona (substrato y máscara) es la verdadera portadora jurídica. Se trata, luego, en todo caso, de "derechos de la persona", no de la "personalidad". Por otra parte, se usa aquí otra vez una preposición enlazante que me parece inapropiada. "De" indica posesión, y posesión conlleva a una serie de facultades que están ausentes en los "derechos personalísimos". Hay, es cierto, un disfrute, pero no una posesión que posibilite muchos manejos inaceptables para estos bienes. Son múltiples las facultades, pero no las propias de la posesión.

Repito que "personalísimos" para mí es más claro, indicativo y menos peligroso. Es, acaso, tanto o más expresivo. Es, tal vez, único y original. Se capta con rapidez, aun intuitivamente, las singularidades. No hay otros derechos que pudieran llamarse de igual modo, salvo que usemos mal el vocablo, o le demos una significación que por sí no tiene. La directa relación con la persona, porque son derechos que se dirigen a sus propias manifestaciones, está pidiendo ese refuerzo de la palabra que califica la esencia personal, para nada pecuniaria. "De la personalidad", en cambio, dice bien poco y dice mal. Se acopla a un elemento jurídico por sí solo intrascendente. Además, la personalidad extra - jurídica (psicológica, metafísica, sociológica y valorativa), que anteriormente he explicado, es producto del ambiente, el carácter o la conducta. Lo que muestra su formación posterior a la existencia misma del ser. Aquí, ello no es aceptable, porque con el ser, desde su primer latido, coexisten los derechos personalísimos.

Sin embargo, "derechos de la personalidad", como observé, se ha vuelto mayoritario. Está arraigado. De ahí que, para evitar disonancias y confusiones, por más acertados que sean los argumentos críticos, pese a la impropiedad señalada, sea empleado muchas veces en este trabajo como sinónimo de "derechos personalísimos".

CAPÍTULO VI: DEFINICIÓN

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Una definición no es más que una síntesis, una concentración final, un resumen de todo el pensamiento. No explica ni puede contener expresiones marginales que sirvan de apoyo argumental. De ahí que, más que para comenzar, sea para terminar. En la portada las definiciones son jeroglíficos. En la conclusión, retienen sintéticamente el sustento integral de las ideas exployadas antes. Pero no las puede sustituir.

Las fórmulas de los diversos autores responden a sus propias direcciones. Transcribiré aquí algunas para, luego, dar la propia.

Neuner dijo que se trata de un "derecho de la persona para ser fin de sí misma, afirmándose y desenvolviéndose en este sentido". He ahí un sistema unitario y que, además, confunde el sujeto con el objeto, o bien, hace del sujeto su propio objeto.

En otra corriente se ha dicho por Gierke: "garantizan al sujeto el señorío sobre una parte esencial de la propia personalidad"; por Eltzbacher: "aquellos derechos que nos garantizan el goce de nosotros mismos y de lo que con nosotros hállase indisolublemente ligado"; por Dernburg: "señorío sobre una parte de la esfera personal propia"; por Ferrara: "garantizan el goce de nosotros mismos, aseguran al individuo el señorío de su propia persona, la actuación de las propias fuerzas físicas y espirituales". Este grupo aparece influido por la teoría del jus in se ipsum y pone el acento en el propio goce y señorío.

Perreau cae en una generalización negativa, muy poco precisa: "todos los que no son patrimoniales", mientras que, Colin, Capitant - Julliot de la Morandiére, consideran que son los que "se reconocen al individuo para la protección de su individualidad". Para aquél, observo, muchos derechos no son patrimoniales, pero tampoco personalísimos. Para éste: al orden privado no le compete proteger individualidades, individuos caracterizados por un sentido o por otro, sin personas para que ellas puedan, en todo caso, y si lo consiguen, individualizarse. No se trata de sancionar normas destinadas a amparar lo que Juan, Pedro o Diego tengan de absolutamente propio, sino de resguardar lo que todo hombre, o mejor, toda persona en general, tiene en sí por serlo. Cuando se ampara la imagen de fulano, la norma no estaba destinada a fulano, a sus rasgos fisonómicos, ni a su mirada o boca, sino a la imagen de la persona como prototipo, como principio. Se protege personas pero no individualismos. Además, tampoco se reconocen los derechos por el único lado de la protección posible, sino también, por lo que tienen de facultad para obrar y actuar.

Degni definió: "aquellos derechos subjetivos particulares que encuentran también su fundamento en la personalidad, que se dirigen a garantizar a la persona el goce de las facultades del cuerpo y del espíritu, atributos esenciales de la misma naturaleza humana, condiciones fundamentales de su existencia y de su actividad". Por su parte, Gangi: "tienden a garantir al hombre el goce de sus bienes personales, entendidos éstos como bienes inherentes, indisolublemente ligados a su persona y distintos a todos los otros bienes a cuyo goce tienden los derechos

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

patrimoniales y los de familia".

Messineo vuelve a aquel discutible vocablo "individual": "están dirigidos, dice, a asegurar al sujeto la exclusión de otros del uso y apropiación de aquellos atributos que sirven para integrar la tutela de la individualidad". Mientras que, Dabin y De Castro, confunden personas con personalidad. El primero define: "tienen por objeto los elementos constitutivos de la personalidad del sujeto tomados en sus múltiples aspectos: físico, moral, individual y social"; el segundo: "conceder un poder a la persona para proteger la esencia de su personalidad y sus más importantes cualidades".

Creo que, en el concepto final, debe reunirse en lo posible lo más esencial y propio de lo que se define, aquello que lo distingue de cualquier otra cosa; no deben marginarse las particulares características que imprimen un sentido específico y dan un lugar dentro del todo (el orden jurídico), denotando una peculiar estructura.

Arriego en tal sentido una definición que tiene mucho de descriptiva de la estructura, tal como hasta ahora la he establecido. Pienso, pues, que los derechos personalísimos son: "derechos subjetivos privados, innatos y vitalicios que tienen por objeto manifestaciones interiores de la persona, y que, por ser inherentes, extrapatrimoniales y necesarios, no pueden transmitirse ni disponerse en forma absoluta y radical".

<p>CAPÍTULO VII: SISTEMAS, CLASIFICACIÓN Y CONTENIDO DE LOS DERECHOS PERSONALÍSIMOS</p>
--

1° Los sistemas unitarios

La corriente que considera que solamente existe una expresión técnica ha tenido muchos adeptos. En ella cabe mencionar la Individualrecht que acuñara Gareis(82)(1172). El criterio unitario estaba allí fundado en que, en todos los casos, el individuo pretende el reconocimiento de su individualidad, de su actividad como individuo; su dominio sobre lo que tiene de individual. Regelsberger en gran parte lo siguió(83)(1173) y Gierke fue minucioso e impreciso, pues bajo esa denominación agrupó tantas situaciones que le hizo decir a Ravá que "era imposible orientarse en tal caos de conceptos"(84)(1174).

En realidad, la idea de la Individualrecht ubicaba un derecho ramificado, y se refería con cierta técnica idiomática al jus in se ipsum, por más de que Gierke haya hablado también de "derechos de la personalidad". Pero había tras ella un eje central y amplio del que se deslindaban diversas modalidades. Köhler lo explicó así: se trata del derecho (uno) sobre el complejo de bienes personales que garantiza su uso y goce no turbado. Único derecho el Individualrecht que puede ser violado en diversos modos, herido por varias partes.

Campogrande, en un momento en que quiso abarcar el horizonte general, comprendió las dificultades. Pero ahí se muestra en esencia su criterio antipluralístico. Dijo: "El modo de tratar estos derechos

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

especiales no debe ser general. Si así fuere, tendrían razón los que afirman la inutilidad de una teoría de los derechos sobre la propia persona, teoría o doctrina que se reduciría a un conjunto de monografías sobre varios derechos especiales sin ninguna ventaja para la ciencia". Habría para él una relación de dependencia de cada derecho "dentro del derecho complejo que llamamos - dice - derecho sobre la propia persona"(85)(1175).

En esa línea unitaria, pero todavía más enérgicamente, Se colocó Carnelutti. Expuso que hay un solo derecho sobre el propio cuerpo, el cual comprende un goce amplio, verdadero y notable, el de vivir privadamente. El hombre objeto ha de considerarse como cosa y no persona. Del elemento corpóreo, sostuvo, deriva la utilidad de naturaleza moral. En el derecho al honor la línea general de la injuria y de la difamación protege el goce del cuerpo, o sea, del organismo psicofísico que sirve para desenvolver todas las posibilidades.

Esos autores, desde los propagandistas del Individualrecht hasta el depurado y original jus in se ipsum carneluttiano, perfilan un concepto abarcador del cual, con ánimo analítico, van extrayendo múltiples elementos del todo. Hay una figura general: el jus in se ipsum; figura armadora cuya estructura permite desentrañar las diversas facetas de su contenido. Basta pensar en la singularidad del nombre para comprenderlo. El Individualrecht quiso erigirse, más que en vocero del derecho individual, en título técnico del que hasta entonces se llamaba "derechos sobre la propia persona" (Campogrande) o "sobre sí mismo" (Carnelutti). Lo curioso es que, bajo esas expresiones, se habla de derechos, en plural; que pertenecerían a ese derecho o Individualrecht singular. El desacomodamiento del título con respecto al contenido quiso justificar Campogrande, aunque en forma no del todo transparente, como se ha visto. Pero, lo que prima en esa corriente es la ubicación científica de un derecho singular complejo, del cual dependen los otros de las respectivas clasificaciones.

Se produce así un defecto de lógica, porque los derechos subjetivos no contienen ni pueden contener otros, sino, en todo caso, facultades. Lo más grave es que los contornos tienden a desdibujarse y se cae en generalizaciones peligrosas que llevan por la pendiente de encontrar derechos ajenos al concepto. Ello es contrario a las actuales tendencias sociales y la solidaridad. Podría querer oponerse una defensa al natural rumor de la calle o de terceros, por estimar atacados Los nervios como parte del cuerpo; o contra las antenas de televisión en la azotea del vecino, so pretexto de que arruinan el contenido estético de la propia sensibilidad; o contra las ideas contrarias a las propias que ya se hubieran manifestado, en amparo de un aislamiento espiritual o intelectual intacto. La concepción plural, como se verá, limita acabadamente el campo e impide que las generalizaciones, tendientes a desvanecer fronteras o límites, escapen del derecho positivo para ponerse al lado del arbitrio individual.

Además de cargar las tintas en una orientación individualista, el "derecho

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

sobre la propia persona" hace blanco a la crítica de que se confunde el objeto con el sujeto.

Olvida, y creo que es esencial recordarlo, que no hay un derecho directriz, más complejo, o nucleador de otros, sino múltiples manifestaciones que parten de la persona, pero no de otro derecho subjetivo, las cuales cada una tiene su particular modo de ser y su campo de acción. El sujeto no puede ser un derecho al tiempo que sujeto. Sí lo pueden esas diversas expresiones suyas, o modos de ser particulares y separables.

Ahora bien, dejando de lado el *jus in se ipsum* que, como se ha visto, salvo el caso de Carnelutti y algún defensor marginal, está abandonado hoy, otros autores han programado también un concepto unitario sobre la personalidad. Así Coviello, para quien ese solo es la base de múltiples facultades. Pero, cuando aclara lo que entiende por personalidad pone en evidencia lo irrazonable de tal conclusión, porque implicaría un derecho a ser persona elevándola a una posición prejurídica. El hombre es el substrato (también dije: "sustentáculo" o "soporte") que por la aleación con la cualidad jurídica que el ordenamiento proyecta, produce la persona. Los dos elementos están antes del resultado, son pues presupuestos a todo derecho. Así como no puede haber uno sobre el hombre o al hombre, porque sería anterior al presupuesto mismo, tampoco lo puede haber sobre o a la personalidad, ya que, también, se adelantaría la materia al sujeto que la supone. Los dos elementos, el real que surge de la vida y el formal de la regla objetiva, son la superficie sobre la que se apoya todo derecho, toda facultad jurídica, luego, deben ser algo anterior y distinto del derecho subjetivo mismo; son pues el sujeto recipiario y gozador de los derechos.

La tendencia de algunos autores y fallos alemanes actuales a erigir un derecho general de la personalidad, aparte de la señalada contradicción lógica, tiene carácter impreciso con respecto a la esfera protegida y a los intereses opuestos, también dignos de tutela, que puedan justificar una intervención en su apoyo. Es preferible legislar sobre determinados derechos cuya defensa, para la época, ambiente y lugar, aparezca oportuna y necesaria.

2º Sistemas plurales

Prevalece hoy en los autores el criterio de que no hay uno sino distintos derechos personalísimos que responden al bien captado. O sea, el bien objeto como dato elaborado por la norma, transportado y transformado por ella a la categoría de dato jurídico. Varios y diferenciados, aunque referidos a una sola persona, porque importan la protección y goce de manifestaciones separables aunque inherentes, como materia y realidad(86)(1176).

El panorama general sobre autores alemanes, italianos, españoles, franceses y nuestros, desconcierta por la confusión reinante. Dos defectos cunden. Se hacen subdivisiones con exceso de casuística, lo

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

que puede pulverizar la gama de derechos en desmedro de la firmeza del concepto y de la identidad de la institución jurídica. Todo, absolutamente todo lo que toca y concierne al individuo no puede serlo.

Hay facultades que corresponden a derechos; derechos que tienen varias facultades, y no es propio erigirlas a categoría de otros tantos derechos independientes, como si fueran derechos que corresponden a derechos.

Por otro lado, algunas de las materias englobadas son ajenas. Tienen características que no conciben con las que aquí he expuesto para la estructura propia de los derechos personalísimos. Tampoco es aceptable por virtud de algún contacto o semejanza, o aun porque exista un importante aspecto común de origen o de función, incluir objetos que escapen a los modos de ser señalados. Debe haber cierta rigurosidad. Esa extensión, en veces ilimitada, con derechos o situaciones que tienen parecidos o identidades, pero que no encajan en el quid de las características específicas, introduce una vaguedad peligrosa; impide el enfoque y la determinación precisos.

En lo que sigue trataré de marcar el verdadero camino desechando aquellos que, aunque análogos, tienen otras entrañas y otras modalidades. Intento limitar el contenido para hacerlo verdadero y propio, concreto y específico.

3° Las patentes de invención, marcas de fábrica y razón social

Ninguno de los objetos del título puede decirse innato, vitalicio, necesaria e inherente. Tampoco son en principio indisponibles, ni están fuera del comercio. Me pregunto entonces ¿cómo es posible considerar que son personalísimos? Aún más, no se ubica la interioridad.

Gierke, después de Gareis y Regelsberger, defendía sin embargo su inclusión, porque consideraba que lo creado conserva un ligamen intelectual que da origen a un derecho de naturaleza personal, tal como el "buen nombre" que resulta de la obra, la fama, etc., y que es extrapatrimonial porque no tiene atinencia con el disfrute económico. Era para él una prolongación de la personalidad, cuya defensa se ciñe a la persona del creador y trata de asegurar la recompensa por un trabajo mediante la explotación exclusiva, o sea, el respeto a la actividad personal del inventor. Venda, ceda, contrate licencia o caiga la obra en el dominio público, siempre podrá aquél impedir que otros asuman la paternidad del invento, lo modifiquen o corrijan. Por ello, el objeto sería la defensa de la personalidad, el honor, la reputación, la libertad creadora y la libre disposición.

Aparte de ser discutibles algunas de tales premisas, no alcanzan a identificar el pretendido derecho moral de inventor con los personalísimos. No es originario, en el sentido explicado, sino que proviene o se adquiere por medio de una actividad posterior al principio de la existencia de la persona. Mientras el invento está en la mente del inventor, no se exterioriza ni es captable un producto específico, ya que la facultad inventiva por sí es una aptitud imaginativa, espiritual si se

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

quiere, que carece de entidad para el ordenamiento jurídico, como no sea por integrar una potencia biológico - psíquica, no manifestada, propia del hombre, in mente retentus.

La idea, para que tenga real e independiente resonancia, sea un objeto relevante jurídicamente, debe separarse de la persona hacia afuera. Y, entonces, pierde interioridad y pasa a ser parte del mundo circundante. Antes de ello no es sino un aspecto de la conformación personal que puede, en ese antro, considerarse tutelado por el derecho personalísimo a la integridad espiritual, pero no como invento. Ahí no hay patente ni puede haberla. El derecho no alcanza a patentar energías psíquicas, momentos del alma; protege mientras tanto a todo el hombre sin saber las direcciones de tales energías, ni cambiar la naturaleza del amparo por la posible existencia de ellas o por sus direcciones concretas no manifiestas. Una vez exteriorizadas y frente a la obra que se patenta, ésta adquiere vida propia, susceptible de que se la disfrute y comercialice. El ligamen que resta, entonces, ya no es personal sino de pertenencia sobre algo exterior y negociable. Las características propias de la obra, su sello inconfundible, lo que señala la paternidad, sólo alcanza a probar el origen y esa pertenencia individual, pero no importa una manifestación encarnada de la persona, porque ésta como tal no puede extenderse más allá de sí misma.

Todo ataque se dirige aquí hacia un objeto exterior. Un ejemplo lo demuestra: cuando el inventor otorga a un industrial licencia de uso exclusivo, y, luego, viola el contrato haciendo uso del invento, según la teoría que se combate estaría atacándose a sí mismo; lesionando su propia persona que usufructúa por convenio un tercero. Y ese tercero saldría en defensa de su derecho.

Además, es posible la transmisión hereditaria, nuevo asunto opuesto a las connotaciones apuntadas para los derechos personalísimos.

La paternidad es cosa distinta de la persona y de la personalidad. Implica un hijo por fuera del sujeto padre. Que éste pueda protegerlo es una cosa, y aun cuando protege una proyección de sí mismo, no lo hace para protegerse tal sino para defender su criatura, no obstante que ella lleva la marca indeleble de su origen.

Por otra parte, la invención tiene un valor social y de progreso que es lo que principalmente sustenta el favor de la ley. Se puede decir "es mía", lo que es muy diferente que decir "está dentro de mí". Al no estar dentro, sus arquetipos se confunden con las miras sociales, la utilidad que presta y el fin que persigue.

Cuando los autores hablan de la lesión del honor o la reputación, de la preservación de la fama, en realidad, es eso lo atacado, pero no el invento o la patente. El vehículo y el medio del ataque no deben confundirse con el objeto lesionado. Yo puedo ser propietario de una casa y venir alguien y acusarme de que la he usurpado. El objeto de la calumnia no será la cosa, sino mi persona en su honra, en su dignidad. Dignidad y honra que son inconfundibles con los bienes exteriores que sirvieron de medio para alterarlas. Son manifestaciones de mi persona

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

que pueden verse turbadas por muchos caminos y maneras, pero cuya turbación no hace que la persona salga de sí misma y se encarne en el elemento que sirvió para herirla. De ahí que, cuando tengo un signo distintivo que me pertenece, como la marca o la patente, la ofensa se dirige contra mí y no contra aquéllos, porque ellos me individualizan, pero no son "yo" ni "un modo de ser yo". El derecho, pues, que recae sobre ellos, no puede ser idéntico al que recae sobre mi honra.

Lo mismo ocurre con el secreto de fábrica. Agustín Ramella considera que, cuando se divulga, se atenta contra la persona del fabricante y se compromete el renombre de una industria y sus productos, las cualidades personales que son el factor principal del éxito(87)(1177). La intangibilidad de la propia esfera secreta, es otra cosa. Allí hay un objeto exterior que se aplica y usa industrialmente, que tiene estimación económica y es comercializable. Pero mientras ese secreto no salga del interior del industrial o fabricante, no es un objeto jurídico per se; forma parte, tan sólo, de su esfera personal. Una vez que se utiliza, que es la manera de exteriorizarlo, entra en el campo de los bienes mensurables en dinero. Ello es muy distinto al secreto confidencial íntimo que se refiere a la persona misma y no al uso industrial. El del fabricante es transmisible porque su dueño dispone de él por actos entre vivos y de última voluntad.

Todos estos argumentos los extiendo y los aplico a la marca, la razón social, el ejercicio exclusivo de la industria y el comercio, el seudónimo, el blasón, los signos, títulos de nobleza, nombre y derechos de autor. Sin embargo, sobre los dos últimos haré una incursión aparte.

4° El llamado derecho moral de autor

Con maravillosa prospectiva la gran mayoría de los juristas que dedicaron su tiempo al estudio de los derechos de autor, se aprestaron para defender la paternidad, la creación personal del mundo del intelecto, del espíritu y del arte. Mas esa bandera reivindicatoria de la chispa que inspira y da su sello inconfundible a la obra intelectual, no exige, no impone a ojos cerrados la doctrina que la incluye entre los derechos personalísimos. Bien se puede enseñar su respeto, asegurar su fuerza y unidad, ensalzar la inventiva propia y apoyarla como programa de difusión y estímulo, sin necesidad de obligarse por cierta corriente de ideas, la cual no es la única en la captación de todo lo que dicha obra intelectual tenga de distinto, singular y personal.

Los romanos no previeron más que los derechos que derivaban de la clásica división tripartita: personales, de obligación y de crédito. No concebían que los frutos de la inteligencia o de la inspiración artística pudieran ser materia de un jus especial; que el pensamiento representara un bien susceptible de protección, aparte de la materia que le sirve de soporte: el lienzo, manuscrito, el mármol, estatua o cuadro. Lo que Kant llamó el opus mechanicum. No obstante, para salvarlos de cualquier modo, se recurrió a la actio iniuriarum cuando la violación

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

importaba un ataque a la personalidad, en particular si no se había cedido la obra a nadie. Los autores germanos pensaban, entonces, que más que una lesión al haber era una al mismo ser.

Con la invención de la imprenta (siglo XV) aparece el sistema del "privilegio", por el cual el rey concedía al autor o al editor un permiso especial de explotación con exclusividad, pero bajo determinadas condiciones. Ello no era más que la censura previa a través de la licencia. No había, pues, un derecho preexistente, sino que era atribuido por el monarca como si fuera una gracia temporaria y condicionada.

Nada menos que el filósofo Kant fue el primero en organizar un sistema filosófico sobre la obra del intelecto. Y, por su impulso autoritario y mayúsculo, habría de irse elaborando las teorías que pusieron en su lugar la cuestión. Se trataba de las primeras luces del aspecto altamente personal de los derechos de autor. Decía Kant que el libro es un discurso que el autor hace al público por intermedio del editor. Quien lo estampa habla en nombre del escritor y debe estar autorizado por él. Por un lado, el objeto corporal que puede ser propiedad de éste o aquél; por el otro, el discurso, razonamiento o arenga, no un objeto creado sino una acción del autor. Sobre el primero puede haber derecho real, sobre el segundo, personal. El concepto de "obra de autor" expresa cierta forma de su actividad. En razón de que cada uno tiene el derecho de libertad, al autor le corresponde el de establecer el modo por el cual el discurso debe ser resguardado y la persona que lo guardará en su nombre, disponer de su palabra y de su pensamiento, lo que importa un jus personalissimum, un derecho innato e inalienable. Quien edita un libro sin su consentimiento viola la libertad de acción y, con ello, la persona del autor(88)(1178).

Lo siguieron Renouard, Neustetel, en parte Bluntschli quien fue creador de algunas leyes suizas, Danz quien habría influido en la legislación alemana y austríaca. En Inglaterra Godson, en Francia Morillot, en Italia Cavagnari. En cambio, la teoría de la propiedad era apoyada por Ehlers, Putter ("la reimpresión es un hurto de ideas"). Walter, Kramer, Eiselohr.

Ya se han visto las clasificaciones de Gareis, Regelsberger, Köhler y Gierke, para quienes está incluido en el Individualrecht.

Con el jurista belga Picard, se rompe la concepción tripartita del derecho al incluir un grupo nuevo: los derechos intelectuales. Tienen éstos una naturaleza sui generis, son autónomos y están integrados por dos elementos: el personal o moral de autor y el patrimonial o económico. Nuestros especialistas en la materia, se acoplan a tal concepción(89)(1179).

Plenamente convencido de que ése es el camino más ajustado a las particularidades de la obra intelectual, y de que es erróneo el concepto unitario que la sitúa como un derecho de la personalidad, así como el que injustificadamente separa los elementos que comprende y trata con independencia el que Piolla Casilli llamó "derechos de paternidad intelectual", Stolfi "derecho personal", De Cupis, Castán y otros "derecho moral de autor", trataré de demostrar que no forman parte de la categoría jurídica que examino, no sin señalar sus múltiples contactos con ella.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Es cierto que la obra intelectual proyecta hacia afuera una inspiración del creador, con originalidad, porque emana de un episodio creativo propio, ya sea por combinación o a novo (esto último no parece posible), pero que tiene sello personal. Si así no fuera, carecería de entidad propia y, como imitación, sería una mera copia, no una obra de arte o del intelecto. Muestra o expresa, para decirlo en otras palabras, la personalidad de alguien en un momento dado y en circunstancias y ambientes determinados. Pero, por lo mismo que se exterioriza deja por fuerza el ámbito interno y se convierte en un objeto de los que rodean al hombre y lo hacen especialmente feliz. He aquí la falta de interioridad en el objeto.

Claro que los aspectos personalísimos derivaron de un proceso consustanciado con el autor. Mientras el proceso estaba en movimiento, era mental o solamente espiritual. No había obra sino personalidad (no jurídica) reconcentrada en sí misma. Una vez que empezó a plasmar en obra, ya sea por etapas o en su resultado, se convirtió en producto, dejó de ser carne y alma del creador, se separó y cobró vida y cuerpo propios, entidad que muestra el tipo incomparable de la fragua. Se exteriorizó.

Pirandello y Unamuno tanto comprendieron el alma propia de ese producto, en veces inefable, que llegaron a concebir el respiro existencial independiente de los personajes; personajes de novela que hasta contendían con el propio escritor (recuérdese: Seis personajes en busca de un autor y Niebla). El gran vasco decía: "para que Cervantes contara su vida y yo la explicara y comentara nacieron Don Quijote y Sancho; Cervantes nació para explicarla y para comentarla nació yo. . . No puede contar tu vida, ni puede explicarla ni comentarla, señor mío Don Quijote, sino quien esté tocado de tu misma locura de no morir"(89bis)(1180). Y en otro lugar explicaba: "fue Don Quijote el que movió la pluma de Cervantes. Y fue mi pobre homúnculo, mi Augusto Pérez - así lo cristiané o bauticé - el que rebulló en las entrañas de mi mente pidiéndome existencia deficción. Y se empeñó una lucha. Allí, en mi novela (se refiere a Niebla) cuento cómo el pobre y puro personaje se enteró al cabo de que no era más que un ente de ficción, una invención de mi fantasía, y el sentimiento trágico que con ello se le despertó y toda la tragedia que de ello se siguió. Y cuando él lloraba me daba ganas de llorar, y yo, para que no me vieran llorando, me reía de él y hasta me reía de mí mismo y de mi risa"(90)(1181).

La transcripción viene de perlas para mostrar la exterioridad inevitable de la obra, no solamente por su contenido material sino también en su impronta personal. Es, repito, un producto que Unamuno y Pirandello, cuando se referían al personaje que encerraba, le colocaban vida per se, respiro propio distinto del escritor. Es, pues, algo que está afuera, y recién cuando se "afuera" se convierte en obra protegible jurídicamente. Pero, entonces, al salir y separarse, al poner distancia espacial con el creador, deja de ser un bien interior suyo, con la interioridad encarnada que caracteriza especialmente los objetos de los derechos personalísimos.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Con esto no quiero atacar lo que tiene de espiritual y propio la obra, si es que lo tiene; la inmaterialidad que no muchas veces resulta excelsa por su espíritu, o mejor, por el espíritu que ha volcado en ella el creador; sino demostrar que no pueden haber obras que dejen de exteriorizarse por el sonido que surca las ondas o se inscribe en las partituras, por las letras, el rasgo del lápiz o del pincel, la forma del mármol. De ahí que, dirigido hacia afuera el objeto del derecho con respecto al sujeto, y aun para Unamuno convirtiéndose los personajes con aliento propio que se alegran, sufren y lloran a la par del escritor, ya no puede hablarse de inherencia en sentido estricto, pues este vocablo tiene un claro significado de consustancialidad o encarnadura. Lo que tenga de personal la obra es un rasgo diferenciador, un sello que distingue, una impronta o un "marbete" señalador de su origen que, a lo mejor, y para suerte del ingenio parturiente, la hace única, propia, inalienable, pero que también debe volcarse con ella en el exterior y estar dentro de ella hacia fuera del sujeto, pues, de lo contrario, dejaría de existir como obra original. Los derechos de autor sólo protegen esa expresión independizada del órgano pensante que la concibió. Que la protejan de un modo peculiar por las circunstancias de su origen, estructura propia, arranque espiritual de su nacimiento, no hace que sean derechos personalísimos. Les falta, insisto, la connatural interioridad inescindible con el hombre.

Todas las prerrogativas que el autor pueda tener sobre la obra, no la confunden con la persona misma del autor. Son necesarias por otros motivos, no porque pervivan sus aspectos esenciales en el interior de aquél.

Ello aparte, tampoco es posible, según creo, separar los elementos que explicó Picard. No puede haber un derecho moral de autor en absoluto independiente de otro patrimonial sobre el objeto en que se proyecta. Hay un derecho de autor que comprende ambos elementos como partes estructurales de su todo, analizables, y que, por lo tanto, por uno de sus lados o modos de ser está en el comercio. Si cualquiera de tales elementos no existiera o desapareciera, cambiaría el concepto. De ahí que otra vez esa noción particular choca con el carácter extra commercium, porque, por una de sus caras, es económica, mensurable en dinero, disponible, renunciable, etc.... En fin, con una tendencia contraria de lo que se ha dicho al tratar los caracteres.

Otra circunstancia decisiva es la de que son derechos eventuales y no necesarios. Además, adquiridos y no innatos. En efecto, no existen simultáneamente con la persona sino que provienen de ella en virtud de un acto que depende, generalmente, de la propia formación o cultura. Pueden existir como pueden faltar y aquélla no deja por eso de ser jurídicamente. El mismo De Cupis lo reconoció, pero aplica para sostener su teoría aquello de una volta sorte. Dijo que la creación es condición para adquirir el derecho patrimonial y moral de autor; ni la obra de ingenio ni su paternidad pueden ser objeto "se l'opera non é creata e, quindi, non esiste". Antes del acto creativo, la libertad de darle vida no

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

constituye más que una particular manifestación del general derecho a la libertad. Aun cuando, "una volta sorte", también está munido del carácter de la esencialidad y constituye "un vero diritto della personalità". Que no sea innato, que su hecho constitutivo sea el mismo que el del patrimonial de autor, no es argumento para negar su autonomía, porque sigue, según De Cupis, reglas propias correspondientes a su esencialidad(91)(1182).

Yo me pregunto: ¿esencialidad eventual?

Además, como Picard, Piolla Caselli, Mouchet y Radaelli, Satanowski, considero contra esa opinión de De Cupis que hay una categoría especial de derechos sobre obras literarias o artísticas, inventos, dibujos y modelos industriales, y que la distinción entre "derecho moral" y "derecho pecuniario" es únicamente científica y didáctica, ya que en realidad, aquel derecho intelectual es indivisible. "En la comunión de ambos factores, dijo Carlos J. López Castro, reunidos bajo el común denominador de aquella idea intangible, reside la peculiaridad de la materia", tanto en el sentido objetivo como rama autónoma jurídica, como en el aspecto subjetivo que considera a los "derechos intelectuales" facultades o posibilidades de obrar distintas de las contempladas en el clásico esquema tradicional(92)(1183).

Hay otra proyección y efecto que es diferente. Aun después de muerto el autor y una vez caída la obra en el dominio público, se puede invocar la faz moral en nombre del interés general para protegerla en su integridad e individualidad. Constituye ello un haz de facultades eminentemente personales, pero que se transfieren, porque el resguardo no interesa únicamente, al autor, los herederos o sus representantes, sino también a la colectividad en razón de que la obra ha pasado a formar parte de los valores comunes, su acervo cultural. El mismo De Cupis dirigió su insigne pluma para defender la integridad espiritual de la comedia La Locandiera de Goldoni, desnaturalizada, según él, en las representaciones de Luchino Visconti, porque, aun no habiendo descendientes directos del autor, no debía faltar la posibilidad de acción por parte del órgano estatal, encargado de la defensa del interés público en el campo de la cultura nacional(93)(1184).

Esa situación no se puede compaginar con el carácter personalísimo e interior del objeto de los derechos de la personalidad. Acabada ésta, desaparecen automáticamente, salvo algunos reflejos que no son más que restos materiales captables con inmediatez.

Cuando se considera lesionado el honor, la reputación, la fama del autor, eso y nada más que eso es lo que se ofende. Quiero decir que la lesión la sufre una manifestación de la persona y no de sus derechos exteriores. Es inconfundible, como ya dije cuando hablé de las patentes de invención, el medio con el objeto que recibe el agravio, el vehículo del ataque con el bien atacado. Que se difame al autor a través de la obra, que se lo disminuya o incomode, siempre lo difamado será el autor, y el puente que se usa para llegarle, la obra y el nombre que ella representa. Por último, se produce otra consecuencia derivada de esa disparidad

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

estructural, imposible de hacer desaparecer con una "volta sorte". Así como el autor tiene derecho "de crear una obra, de continuarla, de modificarla y de terminarla, tiene también el derecho de destruirla", dicen Mouchet y Radaelli. Es una posibilidad abiertamente adversa al carácter ya explicado de la necesidad y de la condición ad vitam de los derechos personalísimos que, por lo mismo, no pueden perderse totalmente, hasta la raíz y, cuando ello ocurre por voluntad del titular, no se puede decir que haya ejercido un derecho subjetivo. No obstante que la facultad de poder anular la propia obra reconoce un límite si es de aquellas expresadas en un solo ejemplar (cuadro, escultura, etc.), y es aquel de que el autor debe para ello ser dueño también del corpus mechanicum, lo cierto es que dicho poder destructivo no tiene igual calibre frente a la vida, el honor, la libertad, etc.

5° El nombre

Mucho más difícil es excluirlo. Sin embargo, debe reconocerse como primera aproximación que tampoco es un derecho innato, porque no se adquiere simultánea y automáticamente con el comienzo de la persona como tal. Se asienta en una circunstancia ulterior, o bien, ajena a ese hecho. Se aleja, pues, de aquella metáfora expresiva de que los bienes personalísimos tienen una "especial encarnación sensible".

Y aquí también De Cupis debió advertir la diferencia. Dijo: "debemos, por lo tanto, precisar que esta misma igualdad no puede decirse, en rigor, absoluta, en cuanto la adquisición del nombre no depende sic et simpliciter del nacimiento del sujeto, requiriendo, en vez, también ulteriores presupuestos"(94)(1185). A mi juicio, la observación pone verdadera distancia entre una y otra vertiente de derechos.

Ante todo, hay que analizar la composición del nombre. Para que cumpla íntegramente los fines previstos se lo divide en "prenombre" y "apellido". El primero individualiza en el seno de la familia, el segundo, dentro de las relaciones más amplias de la sociedad. Unidos forman el conjunto que, toda persona, debe llevar para ser identificada e individualizada. O sea que, forzosamente, tiene unidad conceptual y compuesta. Pues bien, el prenombre se adquiere por decisión paterna o de quien haga sus veces. La ley dice: "El nombre de pila se adquiere por la inscripción en el acta de nacimiento. Su elección corresponde al padre, y a falta, impedimento o ausencia de él, a la madre o a las personas a las que hubiesen dado autorización. Si ambos faltasen o se encontrasen impedidos, pueden hacerlo los tutores, los guardadores, el Ministerio de Menores y los funcionarios del Registro de Estado Civil" (art. 2°, ley 18248). Se elige, pues, y confiere por otra persona mediante el acto previsto, posterior al principio de existencia. Ello demuestra que no está ínsito, sino dispuesto por razones extrañas al propio respiro existencial, a la condición de vida jurídica. Luego, no es ni puede ser un derecho de la personalidad. Hay un momento del soplo vital, un espacio en su trayectoria que está desprovisto de "prenombre"; se necesita del acto

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

exterior al propio ser, para que se adhiera y lo acompañe.

En virtud de la aleación necesaria para que se pueda hablar de "nombre", el "apellido" o gentilicio no es separable del "prenombre"; de nada vale que no dependa del acto exterior señalado, porque si está solitario, sin su par, carece de entidad y relevancia, pues no cumple la función individualizadora total señalada.

Además, el "apellido" proviene de la filiación, y la filiación puede ser de diferente origen y tipo. Luego no es idéntico como concepto puro, ni tiene la característica de la esencialidad, ya que no es lo mismo el que corresponde a un hijo extramatrimonial, al del matrimonial o al del expósito. Se producen diferencias que responden a la diferente posición jurídico - filiatoria. Lo que muestra que pierde base igualitaria y parificadora. En algunos casos, inclusive, ese gentilicio se confiere por acto y voluntad de un tercero. La ley dispone: "El oficial del Registro del Estado Civil anotará con un apellido común, al menor no reconocido, salvo que hubiese usado apellido, en cuyo caso se le impondrá éste" (art. 6°). Luego, hay una adquisición impuesta posterior, que depende de un tercero o del uso y en la que están ausentes los vínculos de sangre.

Aun con respecto a los hijos legítimos se aparta del carácter de innasci. Corresponde automáticamente el del padre. "Los hijos matrimoniales llevarán el primer apellido del padre" (art. 4°), pero, ello muestra que se motiva en una circunstancia o situación exterior, anterior, e independiente del nacer en sí: el matrimonio legítimo. Pierde importancia el simple hecho de existir la persona, de comenzar a ser, e influyen actos ajenos y jurídicamente establecidos con independencia del acontecer natural. No es suficiente el nacimiento sino que, además, debe venir dentro del matrimonio. Está supeditado a una situación externa condicionante. Y si se tratara de un hijo extramatrimonial, esa situación externa condicionante se llama "reconocimiento". "El hijo extramatrimonial reconocido por uno solo de sus progenitores adquiere su apellido. Si fuese reconocido por ambos, sea simultánea o sucesivamente, adquiere el apellido del padre" (art. 5°).

Otra observación importante que vale para nuestro régimen jurídico. El principio de la persona es anterior al nacimiento - parto, se produce con la concepción. El nasciturus, llamado por nuestro Código "persona por nacer", tiene aptitudes y personalidad. La ley se las confiere (art. 70 del Cód. Civil). En otro lugar he defendido con calor el sistema. Allí me remito(95)(1186). Tal disposición peculiar de nuestro ordenamiento coloca al nombre inevitablemente en una etapa posterior de la trayectoria de la persona. El principio de la existencia es independiente y anterior. El nombre, en consecuencia, no es innato.

Tampoco es un objeto interior, immanente al hombre. Está puesto desde afuera por el orden civil y en tiempo posterior a la personalidad jurídica. Aunque sea necesario por su función individualizadora, y de suma importancia dado que es el signo distintivo de la persona nacida, no puede confundirse con los objetos interiores de la vida, la libertad y el honor. Esa exterioridad que se une a la forma derivada y compleja de la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

adquisición, lo aparta de los caracteres definatorios de los derechos personalísimos. Tal como he concebido a éstos es ilevantable la diferencia so pena de admitir excepciones que desnaturalizarían la esencia y el quid de la depurada estructura de ambos.

Es reveladora la gran cantidad de alteraciones a que está sujeto el nombre. Así, con motivo del casamiento de la mujer, del reconocimiento del expósito, de la adopción, etc., se producen modificaciones que en veces son cambios totales, otras adicionales, los cuales prueban lo incierto de la proclamada inmutabilidad. Dichos cambios pueden producirse por vía de consecuencia, de sanción y voluntaria. Uno se pregunta en qué queda la idea que se ha extendido sobre su característica inmutable o no mudable. En todo caso apenas si tiene, o se busca que tenga, una mayor fijeza o estabilidad, y se restringen los cambios. Pero ello muestra que la adhesión a la persona es muy distinta de la que corresponde a los bienes personalísimos, porque éstos sí no pueden sufrirlos de modo tan radical, ni siquiera variaciones parecidas por causas similares.

El apellido, aunque no hereditariamente, se transmite, pasa de padres a hijos. ¿Podría acaso aceptarse el mismo efecto?, ¿que el honor de Juan Pérez se atribuya automáticamente y sin variaciones a Pedro Pérez? He ahí otra diferencia: la intransmisibilidad relativa de los bienes personalísimos. Ellos sólo pueden remitirse parcialmente, en casos específicos, bajo determinadas condiciones, y son en principio no compartibles entre los sujetos. El apellido produce efectos civiles que no alteran ni disminuyen al que porta el antecedente; ni siquiera esos efectos dependen de su voluntad. Así, Pérez padre sigue siendo tan Pérez como antes a pesar de Pérez hijo, quien adquirió su apellido por mandato legal, dejando de lado los deseos y las intenciones de ambos. Se transmite obligada y automáticamente, de manera completa, todo el patronímico; y luego se comparte el uso por las dos o más personas a quienes pertenece.

Ravá ha dicho que una cosa es la pretensión abstracta del individuo de distinguirse de los otros, y otra el medio que la sociedad le acuerda para ello. El medio es el derecho sobre el signo distintivo. Violación del nombre y violación de la personalidad no son cosas diversas. Para injuriar a uno se empleará su nombre. Al decir "Tizio es un bribón" atribuyo el carácter de bribón a quien lleva el nombre Tizio, pero no a la palabra "Tizio". La confusión viene del oriente con el cristianismo: "sea alabado el nombre de Dios" por "sea alabado Dios"; "sea maldito el nombre . . .", etc., son frases de la Biblia "que se han vuelto carne de nuestra carne" aunque se ignore el origen y la influencia recibida. La necesidad de distinguirse no confunde el derecho al nombre con aquella necesidad. Es un problema de lealtad en la lucha por la vida moral, científica, social, artística, comercial. De ahí que el nombre, título nobiliario, blasones, seudónimos, razón social, marca, insignia, sean los órganos de una función eminentemente social. El derecho, por lo tanto, será adjunto pero diverso de aquel que el hombre tiene sobre las

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

manifestaciones principales de sí mismo(96)(1187). No suscribo todos y cada uno de esos argumentos del filósofo italiano, pero señalo el acierto de la distinción.

La identidad personal es un asunto ineludible del orden privado y público, ya que, el sujeto, como unidad de la vida jurídica y social, debe ser individualizado para que se considere una persona cierta, no confundible. Pero frente a las diferencias apuntadas debe uno preguntarse: ¿es suficiente dicha circunstancia, esa función individualizadora imprescindible para el sujeto, para incluir al nombre en el conjunto de derechos personalísimos? Creo que no. Los puntos que están en desacuerdo, las distancias estructurales, son muchas y de peso. Que por algún lado se acerquen no hace prevalecer la confusión; ello llevaría a dar por tierra con aspectos claves en la determinación precisa de los conceptos que están en juego. Y, llevaría también, a confundir lo propio de cada una en su tratamiento, efectos y trayectoria jurídica. Luego, decir que son la misma materia es una ficción o impostación lógica; una torcedura racional que pasa por alto lo que separa y distingue; ponerse anteojeras y mirar tan sólo lo poco que tienen de común sin pensar en lo mucho que tienen de distinto. Un derecho necesario sí, pero que no es innato, vitalicio, radicalmente intransmisible, ni radicalmente inmodificable, sobre un objeto exterior y que tampoco tiene encarnadura sensible.

6° Los derechos del hombre y del ciudadano

Como en tantas materias, hay aquí dos maneras de encararla: por vía de la tutela pública y por la privada. En la primera los contactos e interferencias se producen con el Estado, o porque éste actúa para salvaguardar un bien general, de orden público. La persona se le enfrenta desde un punto de vista social, político o económico y reclama su lugar, el respeto de la individualidad. En la segunda, aun cuando también se pongan al descubierto intereses públicos, la persona está frente a otras personas individuales y con ellas se traba la relación. Además, y no obstante que interviene el Estado, sólo se ve comprometido el interés propio de aquella y no el de la colectividad, sin olvidar que en ciertos momentos y en algunos casos, la tutela del particular llega a tocar dicho orden público. Como ocurre con los preceptos que regulan la familia.

Queda dicho así que, estos derechos que emanan de la misma condición humana del hombre, tienen las dos resonancias y entran en los dos papeles. Todo según la dirección del foco y de la luz con que se mire. De ese modo, la libertad es, antes que nada, un principio que se asienta en el ordenamiento constitucional, pudiendo aceptarse que implica desde allí un derecho público subjetivo. En dicho campo sostiene a la persona frente a los poderes del Estado; impide el avasallamiento de la fuerza del gobernante. El cuerpo legal máximo que estructura, entre nosotros, políticamente a la República, contiene un conjunto de normas

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

que amparan al hombre frente a los desmanes del poder. Al tiempo, sin embargo, y en razón de que dicha ley básica cuando trata las diversas materias capitales, debe en lo posible agotarlas en la extensión abarcadora de sus conceptos generalizados, so pena de ser incompleta y acusar resquicios por donde podría colarse la violación y la arbitrariedad, tocará en mucha parte, inevitablemente, aspectos de la libertad que corresponden a lo propio del derecho subjetivo privado. Principios constitucionales, en su concreta aplicación a los particulares por razón de interferencias de particulares. Vendrán después las leyes, en distinto orden y en distinta rama, con la misión de reglamentar el ejercicio de esos derechos constitucionales.

Por un lado, entonces, el aspecto público con la Constitución como sustento primero y último, y las normas penales y administrativas correspondientes; por el otro, la misma Constitución como sustento primero y último, y la ley civil, laboral o comercial, etc....

Aparte de esos órdenes de tutela interna, no debe olvidarse el tercero que también entraña materia pública: el internacional.

Dante había dicho que el derecho es cierta ley de proporción conservada la cual la sociedad se mantiene; alterada se disuelve. ¿En qué se deslíe, pregunta Fiore, el grandioso problema?: en determinar y reivindicar los derechos del hombre frente al Estado; ¿dónde debe encontrarse la justa proporción?: en establecer y determinar los derechos del Estado frente al individuo. Detonante problema que ha ocupado a la ciencia desde el principio de la civilización; inspirado revoluciones y alimentado el progreso. Pero, además, la persona humana debe exigir respeto frente a todos los gobiernos y poderes constituidos. Los derechos del hombre no pertenecen sólo al ciudadano frente al orden público interior. Existen también los derechos internacionales del hombre y los de los pueblos. Hay que obtener el cese de la conquista del hombre por el hombre. A ellos se dirigen las declaraciones internacionales que ensanchan la proclama de la Constituyente francesa.

La tendencia internacional no ha dejado de proyectarse desde que se emitieron esos conceptos. El año 1968 fue declarado "Año Internacional de los Derechos del Hombre". Durante 1967 las Naciones Unidas desarrollaron actividades diversas en el campo de los derechos del hombre, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. La Comisión de Derechos del Hombre consideró un proyecto de convenio internacional sobre la persecución y enjuiciamiento de los autores de dichos crímenes de guerra y contra la humanidad, así como el famoso problema de la imprescriptibilidad de las acciones represivas correspondientes.

Esos dos órdenes públicos, interno el uno e internacional el otro, se apartan del análisis aquí emprendido. Pero otra vez debo insistir en que en algunos casos se constitucionalizan los derechos personalísimos, y también se internacionalizan. No obstante un especial encaramiento civilista, hay que tocar puntos claves del derecho público que producen claridad y hacen más exacta la imagen total. Y aún, ante serias lagunas

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

normativas privadas, se pueden extraer soluciones de la públicas, porque, como se ha visto, nada impide que la naturaleza jurídica privada se refleje en la ley penal, como tampoco, en la constitucional.

Los Mazeaud se preocuparon por hacer las debidas distinciones y observaron que algunos derechos patrimoniales que, por lo tanto, no son personalísimos, como el de la propiedad, se consideran esenciales para el hombre, están constitucionalizados. Otros, por razón del vínculo con el titular son de la personalidad, pero algunos no son primordiales, como el de la imagen, que no es un "derecho del hombre". Estos se estudian por las relaciones públicas, para proteger al individuo contra la arbitrariedad del Estado y se los llama frecuentemente "derechos públicos". Los de la personalidad son los mismos pero en su ángulo privado; relaciones entre particulares(97)(1188).

La diferencia no se basa en el contenido o en la sustancia, sino en la norma positiva que regula la materia, los sujetos que participan y, especialmente, las finalidades puestas en consideración. Los personalísimos pertenecen al orden privado, pues están reconocidos y proclamados como una especie de derechos dotados de protección civil. Por el contrario, la teoría de los del hombre se preocupa, sobre todo, de la tutela pública, aspirando a poner al individuo bajo la protección del ordenamiento político. Su significación política, como la de los llamados derechos individuales, es muy clara. A través de los vínculos con sus fuentes, las declaraciones formuladas a partir del siglo XVIII, surge la doble característica: individualista y política; porque tratan de determinar exenciones o libertades cuyo beneficiario es el individuo y tienen al mismo tiempo un alcance político, ya que suponen una afirmación frente al poder o asumen el oficio de ser una garantía(98)(1189).

7° Enumeración y agrupamiento admisibles

Descartados los signos distintivos, el nombre, las patentes de invención y los derechos de autor; hecha la diferencia con los del hombre y del ciudadano en su aspecto público, corresponde establecer lo que abarca la materia, cuál es su campo propio. Basta para ello la aplicación concreta del concepto y de los caracteres analizados.

Al hacer la crítica de los sistemas unitarios, es decir, aquellos que sólo aceptan la existencia de un derecho general, complejo y comprensivo, del cual derivarían múltiples derechos o facultades, he expuesto el error racional en el que se incurre cuando se coloca a la personalidad en ese lugar, o bien, a la propia persona, pues son ellos soportes primarios de todo derecho. Tal desviación contraria a la lógica, repercute en una peligrosa pulverización, o bien, una malsana inclusión de relaciones diversas, como las descartadas precedentemente.

El sistema plural permite depurar el campo jurídico propio, porque tiene medios para especificar concretamente el objeto y el contenido. No es la personalidad, el hombre ni la persona la materia regulada, según los conceptos que aquí se han dado, sino diversas facetas de la persona

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

que, por su origen, ligadura, consecuencias y posibilidades, tienen una trayectoria común, determinable con precisión y forman una categoría jurídica analíticamente comprobable. Dicha categoría se diferencia de otras por la unidad de su composición única. Es una institución jurídica. Pero, en su seno, como en el de los derechos reales o en el de los de crédito, se proyectan varios derechos subjetivos unidos por sus coincidencias estructurales, separados de otros por sus peculiaridades. Son pares entre sí, porque tienen igual importancia y conformación, y no están contenidos en ninguno que se considere complejo o superior. Eso sí, suponen, como todo derecho subjetivo, las proposiciones generales previas: el hombre de carne y hueso, la personalidad y el producto de la aleación de ambos elementos: la persona o sujeto de la relación jurídica. Aun cuando la teoría plural es más exacta, está cerca de una definición con contornos precisos y permite ubicar los límites, no por ello es fácil abarcar enumerativamente todas las manifestaciones humanas elevadas a la categoría de derechos personalísimos. Tampoco es aconsejable dar enunciaciones taxativas. Existe siempre una variada gama de facultades protegibles que escapa a la prolija reseña. Por otro lado, no contribuye a la taxatividad la circunstancia de que las legislaciones recién comienzan a elaborar las bases, y que todas las ramas del derecho la tocan y la necesitan. Es una categoría que se presenta con las dificultades que provienen de su propia importancia y universalidad.

Sin embargo, creo que se pueden agrupar los derechos que lucen como vinculados a un núcleo, debido a sus similitudes o afinidades más o menos estrechas.

En tal sentido, propongo una división tripartita que se compone de: 1º) la integridad física; 2º) la libertad, y 3º) la integridad espiritual.

En la integridad física van incluidos los derechos que permiten a la persona ejercitar facultades sobre su cuerpo: desarrollarlo, aprovecharlo y defenderlo. Comprende a la misma vida que se identifica con la existencia vital del cuerpo, éste y sus partes, la salud y los medios de preservarla u obtenerla, así como el destino del cadáver.

La libertad, en su ámbito privado, tiene muchas derivaciones que se conectan con el movimiento, la expresión de las ideas, la realización de actos jurídicos, el empleo de la fuerza física y espiritual.

La integridad espiritual abarca el honor, la imagen, la intimidad y el secreto. Este último en realidad no es más que un aspecto de la intimidad, una de sus más singulares manifestaciones.

Con la división tripartita doy fin a este estudio teórico general de los derechos personalísimos. Queda examinarlos en sus especies y en sus particularidades.