

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

LOS DERECHOS PERSONALÍSIMOS(*) (2034)

La integridad espiritual y los medios de protección civil

SANTOS CIFUENTES

SUMARIO

Capítulo I: El derecho al honor. - 1º Necesidad de la tutela por el derecho privado. - - 2º El concepto. - 3º Aplicaciones legales. A) Delitos y cuasidelitos. B) El honor y el matrimonio C) El honor, las sucesiones y la donación. D) El honor profesional. E) El honor, la filiación y el sexo. F) El honor, el nombre, la imagen y otras representaciones de la persona. - Capítulo II: El derecho a la imagen. - I. Independencia conceptual. - II. La ley 11723. - III. El consentimiento. - IV. Imágenes no protegidas. - Capítulo III: El derecho a la intimidad. - 1º) Planteamiento y concepto. - 2º) Extensión y contenido. - 3º) Conductas, vicisitudes, situaciones y circunstancias. - 4º) El secreto. A) La correspondencia y los papeles privados. B) Telégrafo, teléfono y aparatos electrónicos. C) El secreto profesional. D) Procedimientos para enterarse contra la voluntad del sujeto. 5º El domicilio y el ámbito privado. - 6º) Limitaciones del derecho a la intimidad. Capítulo IV: Sanciones y medios de defensa en general por ataques a los derechos personalísimos.

La estructura corporal y espiritual del hombre exige, para completar el estudio de sus manifestaciones primordiales, dirigir la atención a las que se originan en los fenómenos anímicos, estéticos y morales. Ello en la medida en que tales fenómenos conmuevan la fibra jurídica de la proyección humana. Los derechos personalísimos, dado que envuelven con un manto de protección a la persona, no pueden dejar marginadas a esas manifestaciones inmateriales. A partir de la sentencia de Hermogeniano, que dice: "como todo derecho tenga pues su casa en el hombre" (Cum igitur hominum causa omne jus constitutum sit, D. 1, 5, 2), toma cauce la idea de que el espíritu y sus valores encastan en el ámbito jurídico; porque el mismo ámbito jurídico, en definitiva, no es más que una resultante de esencias inmateriales; las cuales definen al hombre y lo distancian en las escalas y categorías de los entes.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Naturalmente que la libertad es una de tales manifestaciones, pero los singulares matices que revela, han permitido destinarla a un estudio independiente, ya que, inclusive como estamento intermedio, abarca también aspectos orgánicos y corporales. Así el movimiento y la locomoción.

Muchas otras tienen más pura trascendencia inmaterial. Hay tres especies sumamente importantes. Me refiero al honor, la imagen y la intimidad dentro de la cual incluyo al secreto con las particularidades que le son propias.

CAPÍTULO I: EL DERECHO AL HONOR

1°. Necesidad de la tutela por el derecho privado

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

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

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

La sociedad necesita afianzar la excelencia, calidad y mérito de sus miembros. Ha de preocuparse por una elevada cima intelectual y perceptiva del hombre. Por la madura personalidad sin mengua. Resulta, pues, un medio eficaz y necesario reconocer expresa y ampliamente el derecho subjetivo al honor, diaria envoltura del orden civil que permita salir por los propios fueros y defender uno de sus más preciados bienes de la condición individual y social que le caracteriza. No puede pretenderse que las personas se agranden espiritual, estética y económicamente, que se sostenga un valor ético sin mancha, la paz

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

interior y la dignidad rectora, que la riqueza circule y el bienestar económico se consolide, si a la vez está trabada la completa tutela de la autoestima y de la buena fama; si no hay más posibilidad protectora que las arquetípicas construcciones penales de la injuria y la calumnia.

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

Podrán no tenerlo las bestias, que carecen de fuerzas espirituales, pero es innegable en el hombre, porque está en su modo de ser. De ahí que el amparo jurídico debe ser todo lo amplio posible, para preservarlo de cualquier tipo de ataque; para resguardar plenamente la integridad.

En tal objetivo queda corta la ley represiva, y eso es fácil captarlo en una realidad que se está viviendo. Cuántos abusos, sorprendentes avances quedan impunes y, lo que es más grave aún, qué ausencia de protesta por inmadurez o por impotencia sentida. He ahí la necesidad de que la rama civil del derecho, asuma un rol preponderante extendiendo la tutela a todas las contingencias, con una clara orientación de amparo a la persona, y a sus más sensibles y estimadas modalidades. Ello se logra sentando un principio general normativo que haga profesión de fe en el resguardo de un verdadero derecho, estableciendo al tiempo los medios de tal protección y las sanciones correspondientes.

2° El concepto

Es clásica la división en honor objetivo y subjetivo. Proviene de la diferencia de sentidos de las palabras honor y honra. Honor es la cualidad moral que lleva al más severo cumplimiento de los deberes ante los demás y nosotros mismos. Se traduce en gloria, buena reputación que sigue a la virtud, al mérito o a las acciones heroicas, lo cual trasciende a la familia, personas y acciones mismas del que se la granjea. Honra importa estima y respeto de la dignidad propia. En el primero hay algo convencional y arbitrario que depende de las costumbres y preocupaciones de cada época y de cada país. En la segunda se percibe una cualidad invariable inherente a la naturaleza misma(1)(2035).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Desde luego que hay que descartar algunas ideas arcaicas, como las de la Hélade, las cuales identificaban el honor con la riqueza, vinculándolo a las contribuciones del ciudadano por los gastos del Estado. De ahí las palabras "timé", "timán", de donde la de "timócrata" o poderoso por su dinero. De ahí también frases como éstas: Petronio: "¡vales tanto cuanto tienes!"; Plauto: "hombre de bien, no porque sea muy bien, sino porque tiene bienes". U otras concepciones insostenibles como la de Carnelutti que consideraba al honor como un derecho al goce del propio cuerpo(2)(2036).

El honor objetivo es, precisamente, la valoración que otros hacen de la personalidad ético - social de un sujeto, mientras que el subjetivo puede entenderse como una autovaloración o el aprecio de la propia dignidad(3)(2037). Clasificación ésta que tiene mucho de didáctica pero que, desde el punto de vista del reconocimiento de un derecho personalísimo, sostenido en las ramas civil y penal, carece de trascendencia, pues la lesión a uno u otro aspecto daña a la persona misma. Aun cuando el ataque se limitara al buen nombre, a la fama, y fuera por ello históricamente circunstancial dependiendo de la época y del lugar, difícil resultaría descartar su incidencia en la autoestima. Se hiere siempre a la persona en algo exclusivo y propio de ella. Por eso, el criterio más completo y claro resulta de englobar los dos significados, como lo hizo Adriano De Cupis. La consideración social, el respeto y aprecio de terceros unido al sentimiento o conciencia de la propia dignidad, son elementos expuestos a la ofensa y requieren la tutela del ordenamiento. La opinión pública es sensiblemente receptora de las insinuaciones y de los ataques, así como la respetabilidad inherente a la persona puede ser turbada o mortificada. Es aguda y comprensiva la conclusión del autor: "la dignidad personal refleja en la consideración de los terceros y en el sentimiento de la persona misma"(4)(2038).

Sin embargo, algunos tratadistas han negado la existencia de un derecho subjetivo al honor. En particular aquellos que no reconocen a los derechos personalísimos. Enneccerus, verbigracia, dice que el honor es el reconocimiento del valor de una persona por sus contemporáneos, pero que ese concepto no pertenece al derecho y, en cambio, tiene una significación social, moral y jurídica el honor civil, o grado de estimación y reconocimiento del valor que corresponde a todo hombre intachable. Sostiene que si bien está protegido por las normas penales contra la injuria y las civiles de los párrafos 823, ap. 2 y 824 del B..B. (Código Alemán), no es un derecho subjetivo en el sentido del párrafo 823 ap. 1, y ello, aunque esta norma otorgue una pretensión de indemnización por la lesión al honor, pese a que se trate únicamente de negligencia. Ella se refiere directamente al cuerpo, por lo que, la aplicación correlativa a bienes puramente espirituales no estaría conforme con la intención de la ley(5)(2039). Sin entrar al problema de la interpretación de la ley alemana, la cual, naturalmente, no ha sido pacífica, llama en cambio la atención que Messineo. partidario de estos derechos subjetivos, haya negado el del honor, o por lo menos considerado necesario señalar sus

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

dudas, debido al silencio de la ley civil y porque no hay medios específicos fuera del campo patrimonial(6)(2040).

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

La legislación penal contempla la indemnización del daño material y moral causado a la víctima, a su familia o a un tercero, por la calumnia o la injuria. es una reparación civil, de carácter privado, y que muestra la talla de un derecho subjetivo legalmente reconocido. Además, hay otros medios de reparación en especie que tienen estructura civil y se concretan a iniciativa de quien ha sido ofendido. Así, la publicación no es una medida penal, aun cuando se haga a costa del culpable. Debido a la ofensa que ha asumido forma difamatoria, la sentencia podrá ordenar a pedido del ofendido, la publicación del pronunciamiento a cargo del condenado(7)(2041). La ley penal tipifica los delitos: de injuria, forma subjetiva de lesionar el honor; de calumnia, forma objetiva de lesionar la honra. Ambos requieren el dolo, ya sea que se lo caracterice como animus injuriandi, ya que se lo considere como simple conocimiento positivo del valor ultrajante de la expresión, acompañado de la voluntad de proferir la palabra, sin necesidad de que haya un ánimo especial. Pues bien, suponiendo que el orden civil no tuviera ningún tipo de mención sobre el bien jurídico que trato, lo que por cierto es inexacto como se verá, de las normas penales es posible determinar derechos subjetivos.

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

Aquella norma general, tengo que insistir, en la actual coyuntura socioeconómica, de la tecnología y de la máquina, asumiría un papel rector sobre el justo alcance de las defensas, permitiendo más efectivamente un desarrollo doctrinario y jurisprudencial de este derecho personalísimo. El goce del bien reafirmado como facultad y acabadamente protegido. Se ha dado, por ejemplo, en España a través del art. 4º del "Fuero de los Españoles" redactando en los siguientes términos: "los españoles tienen derecho al honor personal y familiar.

Quien lo ultrajare cualquiera que fuera su condición. incurriría en responsabilidad". Los fallos del Tribunal Superior han dosificado la regla con particular proyección, por la vía penal cuando el ataque configuró un delito de ese tipo; por la civil, cuando no reviste tal carácter pero puede apreciarse la lesión y el daño. No se han presentado dudas sobre la acción que persigue el resarcimiento del daño extrapatrimonial. Surge el derecho del art. 1902 del Código Civil de ese país como interpretó el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

citado Tribunal Superior en diversas sentencias, después de la rectora que dictara el 6 de diciembre de 1912, sobre el honor y la honra de la mujer, recayendo las posteriores sobre la fama o reputación profesional, daños sobre el crédito y buen nombre de los comerciantes, honor mercantil, etc.(8)(2042).

Como en nuestro país, en Italia falta una norma expresa y general, lo que ha hecho pensar, no obstante, que el problema interpretativo debe apoyarse sobre el terreno de la analogía. Si para algunas hipótesis la ley ha proveído al honor de una tutela autónoma, lo que se explica por su carácter y exigencias particulares, ello no es excepcional ni excluye dicha analogía(9)(2043).

En nuestro Código se pueden detectar preceptos sobre situaciones singulares, pero que admiten una construcción lineal, extensa, orientada por la vía analógica y los principios generales del derecho (artículo 16), sin necesidad de salir del orden privado. Es más, el principio rector de la reparación de los daños, que sienta en términos generales el artículo 1109, posibilita esa extensión abarcadora y centrada en las razones semejantes.

3° Aplicaciones Legales

A) Delitos y cuasidelitos.

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

Requiere un examen detenido.

La fuente fue el Esboço de Freitas (artículo 647), en el cual se añadía que "pueden exigir la indemnización cualesquier personas empleadas o al servicio de otras como dependientes, capataces y criados de servicio, las cuales, debido a la calumnia o a la injuria, dejasen de tener acomodo".

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

¿Comprende a los cuasidelitos? El artículo 1108 que enumeraba algunas de las disposiciones del título VIII sobre los delitos, y omitía el que se analiza, 1089, fue derogado por el decreto - ley 17711/68. De manera que ya no es discutible el reenvío de la última frase del 1109 acerca de la obligación de reparar los daños ocasionados por culpa o negligencia. Inclusive Orgaz, antes de sancionada aquella ley, haciendo mérito de la amplitud de la protección civil, incluía a los cuasidelitos que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

lesionen la integridad moral de la persona(10)(2044).

¿Es reparable el daño moral? El debate gira en torno a la frase: "daño efectivo o cesación de ganancia apreciable en dinero". Provocaba la sospecha de que dicho daño quedaba excluido, aun cuando el ataque tuviera las características de un delito criminal. Pero la frase transcripta no exige que se trate de un daño material. "Daño efectivo" puede ser, y lo es, el moral. Esta interpretación se apoya en la fuente, pues el Esboço establece: "si probare que. . . le resultó efectivamente algún daño...". Además, la idea contraria y restringida pone en pugna la norma con el artículo 1099, que dice: "si se tratare de delitos que no hubiesen causado sino un agravio moral, como las injurias o la difamación", y aun, con el 1078 que, antes de la reforma, no especificaba los delitos del derecho criminal, siendo perfectamente aplicable a los que turban el honor.

Otra idea. "Daño efectivo o cesación de ganancia"..., no es "daño en efectivo o..." Fácil, por lo tanto, resulta armonizar exegéticamente dichas normas (arts. 1089, 1099 y 1078), siguiendo el básico espíritu legal. La efectividad del daño, porque es real, porque es verdadero, corresponde al patrimonial como al extrapatrimonial. No hay una afirmación en la frase que exija la materialidad, o la exacta incidencia económica por un detrimento en dinero contante. La alternativa de la ley resulta así clara. La jurisprudencia se fue asentando en tal sentido, al admitir la reparación del daño moral producido por la lesión al honor(11)(2045). Mucho más fácil se sostiene ello ahora con la ley 17711, la cual, al sustituir el citado artículo 1078 consagró incontestablemente la reparación del daño moral ocasionado por toda clase de acto ilícito.

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

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

19 de la Constitución Nacional). De modo que corresponde estrechar la investigación de la verdad cuando está en tela de juicio un ataque al honor.

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

El honor civil comprende al "decoro", tanto personal como profesional. Puede el decoro ser disminuido en la atribución de actos éticamente degradantes, por medio de la publicidad que le confiera a los hechos una notoria y popular repercusión que antes no tenían. Y aun ello es posible con toda clase de manifestaciones despreciativas, como las expuestas, ya sea sobre defectos físicos, morales sentimentales, profesionales o artísticos. Bastaría difundir que "fulano" es un pobre individuo que no tiene para comprarse un par de medias y anda con los zoquetes rotos; que "zutano" es tan miope que confunde los agentes de policía con los elefantes. Una cosa será la investigación histórica de esas circunstancias para probar la verdad de las manifestaciones, y otra convertirlas en hechos notorios, porque si no eran tales, la divulgación incide sobre la pública consideración y es ofensiva(12)(2046).

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

En esa tesitura, manejando aquel principio constitucional de las acciones

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

privadas con toda amplitud, diré que deben prevalecer los arts. 1068 y 1083 del Código Civil, de los cuales surge que basta algún daño a los bienes, la persona, los derechos y facultades, para que quede configurado el acto ilícito (art. 1067), haciéndose posible la demanda reparadora.

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

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

Luego, el artículo 1089, en este punto, revierte fatalmente a lo que disponga el artículo 111 del Código Penal. Esta norma ha suprimido la exceptio veritatis en la injuria, salvo que la imputación hubiera tenido por objeto defender o garantizar un interés público actual, o que el mismo querellante, ofendido, pidiera la prueba "siempre que tal prueba no afecte derechos o secretos de terceros". Aun más, en los casos en que la defensa fuere viable, tampoco corresponderá si "la imputación hubiera sido hecha por deseo de ofender o por espíritu de maledicencia"(13)(2047). Tratándose de calumnia, se permite la excepción cuando la imputación ofensiva no corresponda a violación, estupro, rapto y abuso deshonesto, casos en los cuales sólo es posible si resultare la muerte de la persona involucrada en la calumnia, o lesiones gravísimas, ni corresponda a adulterio, calumnias e injurias,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

violación de secretos, concurrencia desleal e incumplimiento de deberes de asistencia familiar y la víctima fuera el cónyuge (artículos 72 y 73 del Código Penal). Vale decir que, en todos esos supuestos de difamación por dichos delitos, que son de instancia privada y de acción privada, el artículo 111 veda también la prueba de la verdad. De donde, en la ley penal, cometida la injuria el honor prevalece sobre la verdad, como principio que sólo admite estrictas salvedades; la calumnia está, en cambio, supeditada a la veritatis, mas en varias hipótesis ésta no impide la investigación y pena, que son los mencionados anteriormente.

Es que, como bien se ha observado, en los delitos de calumnia es inaplicable la defensa, porque son delitos que se integran con la falsedad de la imputación, y la prueba de la verdad debe hacerse en el juicio penal donde se investiga la existencia misma del hecho imputado. Si dicho juicio determina una condena toda posible imputación de calumnia queda descartada. Quien demuestra la verdad no calumnia, no comete delito, no es delincuente, falta el presupuesto de la indemnización. Frente a la "injuria" también hay que descartar todo lo que no sea "imputación", aquello que importe una mera apreciación personal sin contenido fáctico: insultos, palabras despectivas, ironías punzantes, definiciones, etc. No se puede probar que fulano es un "estúpido", un "rabioso", un "infeliz"(14)(2048).

La retractación del acusado por injurias o calumnias, no impide la procedencia del resarcimiento, en particular el del daño moral. Precisamente porque retractarse importa lo que antes se llamaba "cantar la palinodia, o sea que el querellado reconoce que ha falseado la verdad y para desagraviar retira públicamente la imputación; es un amplio reconocimiento del hecho y de la culpa; es más aún, es arrepentirse(15)(2049).

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

¿Se aplica aunque el fuero penal no haya calificado la acusación del querellante como calumniosa? La respuesta afirmativa está generalmente acogida, no obstante las contradicciones de la antigua jurisprudencia(16)(2050). Quiere ello decir que tanto si hubo en lo penal sobreseimiento definitivo provisional o imposibilidad de dictar el fallo porque el acusado está prófugo, ha fallecido, hubo amnistía o se produjo la prescripción extintiva de la acción penal, nada impide revisar el ataque al honor desde el punto de vista del resarcimiento de los daños y perjuicios ante el tribunal civil(17)(2051).

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

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

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

¿Se aplica el artículo 1090 a los cuasidelitos? La letra parece impedirlo porque sólo debe considerarse calumniosa la acusación criminal cuando se ha obrado sin fundamento y a sabiendas de la inocencia del acusado. Sin embargo, ese principio sufre una justa decantación. Está apegado a un esquema interpretativo que impide la necesaria elasticidad en la protección del honor. Aun la acusación precipitada e imprudente, la ligereza y negligencia, cuando falta todo motivo fundado en la denuncia, cuando no hay causa probable, puede patentizar un acto ilícito dañoso. Y, desde tal punto de vista, encuadrarse en el artículo 1109. Además, el 1090 no habla de acusación intencionalmente calumniosa, sino simplemente de acusación calumniosa. De modo que resulta especioso adosarle la necesidad de que el denunciante o acusador conozca la inocencia del denunciado o acusado. Sólo que, si al hacer la denuncia ha tenido graves y sobrados motivos, si ha habido razón valedera por los hechos y las circunstancias para prevenir al aparato represivo, falta la culpa o negligencia, casos en los cuales habría una idónea excusa para el denunciante. De todos modos, son situaciones reservadas a la apreciación del juzgador, pero cabe sostener que el acusador responde si actúa con temeridad o ligereza culpable(18)(2052).

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

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

B) El honor y el matrimonio.

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

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

El legislador ha sustentado la causal en el honor y en la honra. "Para apreciar la gravedad de la injuria, dice la norma, el juez deberá tomar en consideración la educación, posición social y demás circunstancias de hecho que puedan presentarse". Hay, pues, un verdadero y concreto "honor matrimonial", el cual genera un específico derecho subjetivo personal, en la medida en que un cónyuge puede exigirle al otro esa tolerancia, dicha preocupación y atención, tales deberes de sostén y convivencia, de débito sexual, de resguardo de la responsabilidad propia y hasta conyugal. El agravio a esos valores internos y propios del matrimonio queda sancionado a través de la sentencia de divorcio o separación judicial, en la cual se distribuyen las culpas, prologándose los efectos por diversas direcciones: disolución de la sociedad conyugal (art. 1306 del Cód. Civil); exclusión hereditaria (art. 3574); condena al pago de alimentos (art. 79 de la ley 2393); tenencia de los hijos (art. 76 de dicha ley y su modificatoria por el dec. ley 17711/68); revocación de donaciones o ventajas del contrato matrimonial (art. 75 de la ley cit.).

El honor aquí, como en los casos del ataque por vía de delitos y cuasidelitos, pero con mayor razón todavía en virtud de la refinada mira antedicha, no requiere el animus injuriandi. El concepto de injurias graves asienta en una serie de actos, omisiones y conductas proyectadas en el tiempo, que pueden verse configuradas por culpa imprudencia. Son actos a veces impremeditados pero contrarios a la vida en común, cometidos por una especie de negligencia, que lesionan esas susceptibilidades que corresponden a cada miembro de la pareja. Basta, entonces, la culpa, que ha turbado la dignidad(19)(2053).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

C) El honor, las sucesiones y la donación.

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

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

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

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

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

gravedad o atrocidad debe tender a destruir la reputación del donante en lo más esencial de ella, como la probidad o las costumbres. Se exige además que, aparte del elemento material de la injuria (las palabras) los escritos, los gestos, los hechos), haya verdadera intención, el animus injuriandi. De ahí que corresponda examinar en cada caso Los antecedentes, el motivo, la ocasión, la calidad y cultura del ofensor y del ofendido, sus posiciones y hasta sus relaciones. La intencionalidad como propósito de deshonar, de degradar, y no como simple voluntad de defender un interés propio y legítimo, sea privado o público(20)(2054).

D) El honor profesional.

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

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

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

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

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

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

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

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

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

en la revista Conferencia Médica de marzo - abril 1955. De ahí que los argumentos expuestos se extienden a estos profesionales, como, pienso, a todos los otros de las diversas ciencias.

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

E) El honor, la filiación y el sexo.

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

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

El Código alemán establece el deber de indemnizar cuando dicha honra ha sufrido una lesión, si se infringe una ley que protege al sexo. Prevé la seducción", pero no la llamada "simple", sino aquella efectuada con "medio innoble". Los requisitos son: 1) que la mujer sin que se exija que sea intachable, haya sido determinada a cohabitar fuera del matrimonio; 2) para tales efectos, que se haya empleado la astucia, pudiendo tenerse en cuenta la promesa de matrimonio; que se le haya hecho creer que se la libera de un peligro inexistente, el suministro de bebidas embriagadoras cuyo efecto desconociera la seducida; una amenaza de cualquier índole, como la denuncia de un delito; o, también, el abuso de una relación de dependencia de hecho o de derecho; así frente al amo, patrono, acreedor, policía, tutor, párroco de la feligresía, médico, maestro, etc.; 3) que el dolo empleado sea determinante; 4) que haya nexo causal, de ahí que la mujer accediera debido a los medios empleados, aunque, además, mediara alguna otra causa; 5) la cohabitación debe producir un daño, como el embarazo, la enfermedad sexual o de otra clase (arts. 823, ap 2 y 825)(21)(2055). En esa línea pueden citarse los códigos Suizo de las Obligaciones (art. 49) y Civil del Japón (art. 410).

El alemán contempla, asimismo, el problema de la promesa de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

matrimonio, aunque de modo restringido. El art. 1300 dispone: "cuando una prometida irreprochable ha permitido a su prometido la cohabitación, y se producen las circunstancias determinadas por los arts 1298 y 1299 (ruptura inmotivada de esponsales), ella puede exigir una prudente indemnización en dinero, aun por los perjuicios ajenos a su patrimonio". Me parece que hoy es exagerado el concepto de "irreprochabilidad", lo mismo que el de "ruptura". Pienso que basta el incumplimiento.

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

En países donde faltan reglas positivas como las expuestas, la jurisprudencia, aplicando principios generales, ha protegido en algunos aspectos el honor del sexo débil. Así en Francia, con motivo de la ruptura inmotivada de promesa de matrimonio, por las sospechas que tal ruptura hace pesar sobre la persona abandonada. Ello aun cuando no medie seducción, porque se considera que el abandono de la novia perjudica su fama(22)(2056). En otro caso, se trató de un médico que hizo valer su posición y, con promesa de matrimonio, sedujo una enfermera casada(23)(2057).

En Italia fue considerado inválido el consentimiento prestado por engaño, aplicándose el art. 2043 del Código Civil, sobre responsabilidad. Se ha tenido también en cuenta el daño material sobre el cuerpo de la "donna", la repercusión social que producen el embarazo y parto, así como el detrimento económico por la imposibilidad de concurrir al trabajo y la ulterior necesidad de mantener la prole, calculándose, asimismo, el desmedro producido en la posibilidad de casarse. No es necesario que haya habido engaño o dolo por parte del novio, y que, por ende, se haya configurado la responsabilidad penal. La promesa de matrimonio, objetivamente considerada, constituye un motivo de particular eficacia para la mujer, quien se determina a conceder el cuerpo ante la esperanza de un evento que para ella reviste importancia: el matrimonio(24)(2058).

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

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

"castidad - deber" para recibirse plenamente el de la "castidad - derecho". Mientras subsista el primero, "castidad - deber", la mujer, sobre quien gravita exclusivamente la obligación, necesita ser defendida de la influencia que sobre ella pueda ejercer el hombre arrastrándola a la infracción moral, por empleos de medios o en circunstancias que no alcancen a revestir los caracteres que han determinado la organización de la represión, o sea, las leyes penales. En la interpretación de las leyes argentinas ha faltado espíritu amplio tuitivo, "que algún día, alguien, con la autoridad y eficacia necesarias, infundirá a los intérpretes". No faltarán las bases indispensables, inclusive en los textos del derecho actual, "mucho más abundantes y expresivos que los utilizados para la elaboración del hermoso cuerpo pretoriano" que ha comentado, o sea, de la jurisprudencia francesa, belga e italiana. "Tenemos, por una parte, el art. 1109 y por otra, los arts. 1067, 1068, 1075, 1081, 1083, y concordantes: solamente hay que saber, todavía, que la interpretación de esos textos no ha de hacerse con arreglo al edicto de 1779 y al criterio de la mujer serpiente: ha de hacerse, en cambio, con el ánimo advertido de la necesidad de una protección eficaz, cuya satisfacción se hace más y más imperiosa a medida que las sociedades aumentan en complejidad"(25)(2059).

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

Dispone el art. 1088 de nuestro Código: "Si el delito fuere de estupro o de raptó, la indemnización consistirá en el pago de una suma de dinero a la ofendida, si no hubiese contraído matrimonio con el delincuente". Esta primera frase se refiere a la consecuencia civil de delitos penales regulados en el Código respectivo (arts. 119 y ss., 130 y ss., del Penal). Se considera que hay aquí una aplicación típica del daño moral, sin tomar en cuenta la existencia de daños materiales(26)(2060). Pero no creo que resulte aceptable ahora la referencia expresa a la ofendida, ya que, según la ley penal (art. 119, inc. 1º del Código) el estupro se configura por acceso carnal, con persona de uno u otro sexo y la víctima fuere menor de 12 años.

El artículo 1088 continúa: "esta disposición es extensiva cuando el delito fuere de cópula carnal por medio de violencias o amenazas a cualquier mujer honesta, de seducción de mujer honesta, menor de dieciocho años". Nuevamente podría criticarse la estricta referencia a la "mujer", cuando, según la ley penal (art. 11º Cit., inc. 3º), para la violación por fuerza o intimidación es indiferente el sexo y la condición del sujeto pasivo(27)(2061). Luego, de todas maneras, aun tratándose de varón sería aplicable el art. 29 del Código Penal, confiriéndose la indemnización del daño material y moral causado a la víctima. Es más, no hace falta lo que el Dr. Vélez llamó "cópula carnal", y el referido Código Penal "acceso carnal", pues basta para cometer delito que haya "abuso deshonesto".

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

El artículo 1088 comprende a los actos más o menos brutales que, por temor, lleven a la mujer a entregarse. Que se la intimide o se la maltrate, aunque no se llegue a forzarla sexualmente. Las amenazas pueden ser de cualquier índole, ya físicas, morales, de causar un daño a los bienes o a la posición social, de revelar algún secreto, herir de alguna manera los afectos, producir un mal a los parientes, amigos o seres queridos, y aun, ocasionarlo a un extraño para verla sometida a un sentimiento de piedad. Es suficiente, a mi juicio, una presión amenazante que tenga la fuerza de torcer el curso de la voluntad opuesta al acto carnal. Pero no es necesario que se cumplan los requisitos de la fuerza o intimidación, desde el punto de vista de los vicios de la voluntad en los actos jurídicos (arts 936 y ss. del Código Civil). Se trata, insisto, de proteger el honor de la mujer, entregada por razones ajenas a su autodeterminación. De ahí que, aun una amenaza justa, por ejemplo si es deudora y el acreedor aprovecha su ascendiente presionándola con futuras demandas, embargos, para que acceda; todavía una de sufrir un mal terceros no parientes: pese a que no fuera inminente o sumamente grave.

La única condición de la norma es que se trate de mujer honesta. No exige la virginidad, sino la decencia o decoro pudoroso. De ahí que sería improcedente oponer la defensa de que ya había conocido hombre porque al tiempo de la cópula estaba desflorada. No debe olvidarse que se quiere proteger la dignidad. Basta que ella exista, por lo tanto, sin que puede pretenderse su ausencia por la falta de virginidad, o la necesidad al efecto de que se indague sobre la entereza del "himen". Para De Cupis, lo que se tutela es la libertad sexual, sobre todo si se actuó con engaño, impidiendo que la voluntad pueda cumplir su función directriz(28)(2062). Es ese un punto de mira trascendente, pero creo que juega con mayor fuerza la integridad espiritual del sujeto, una lesión moral. Aspecto sensible y que sobrepasa al de la libre determinación. Los actos repudiados van, no hay duda, contra la libre voluntad, pero quiebran fundamentalmente el pudor por medios espúreos, y esa quiebra se eleva como agravio personalísimo de mayor importancia, de alto relieve. Tanto que, diría, ensombrece cualquier otro, lo relega.

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

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

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

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

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

Pero ya se ha visto que la norma sólo habla de seducción de mujer honesta menor de 18 años. Una interpretación cerrada y literal impediría proteger la dignidad en muchos casos de patente ataque, inclusive dirigido sobre el varón. Tratándose de un delito, importa el daño que padece la persona sin distinción de sexo ni de edad (art. 1068 del Cód. Civil), como consecuencia de un hecho ejecutado a sabiendas y con intención de dañarla (art. 1072). Frente a la culpa, rige el artículo 1109, el cual remite a los del delito, entre ellos el que analizo, 1088, y los citados, 1068 y 1072. Luego, si el intérprete se guiara solamente por la letra de aquél, 1088, resulta que el estupro previsto en el primer párrafo, como figura que es del derecho penal, comprende a las víctimas de menos de 12 años (artículo 119, inc. 1º, Cód. Penal) y a las que van de esa edad hasta 15 (art. 120, Cód. cit.). Lo que quiere decir que el párrafo segundo sobre "seducción" queda limitado a las mujeres que van entre los 15 y 18 años. De ese modo quedaría el honor, o mejor la honra herida de una mayor de esa edad seducida con promesa falsa, mentiras, astucias, posición influyente aprovechada, en el desamparo legal. Pero el agravio moral, y, también si los hubo, los efectos dañosos materiales, como ser la transmisión de enfermedades, el embarazo, serían irreparables. Añádase la situación de la mujer que ha caído por esas circunstancias, ajenas a sus deseos claros o recónditos, quien pierde reputación, lo que la coloca en un plano inferior, dentro del círculo social para conseguir marido.

Corresponde, en consecuencia, llegar a un sentido sistemático, a un alcance amplio y no literal, que comprenda a las demás normas sobre delitos y cuasidelitos contra la persona. Sostengo, pues, que el artículo 1088 establece una indemnización sin necesidad de acreditar más que el acto seductivo, dando por supuesto el daño. La cópula, en las condiciones cautivadoras referidas, hasta los 18 años de la mujer

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

honestas, y después de los 15 pues antes sería estupro, produce sin otra acreditación el agravio que debe resarcirse para devolver el equilibrio roto. Mas ello no excluye que, con respecto al varón y a la mujer que sobrepase tal edad, se pueda probar el daño resarcible con motivo de una seducción. En el primer caso, basta probar esta última que apareja el elemento ilícito y el objetivo: daño. En toda mujer menor de 18 seducida, se supone producido un desmedro al honor y el consiguiente daño moral. En los otros supuestos, además de la seducción, debe probarse el perjuicio ocasionado con ella, ya sea material o moral, siendo aplicables las normas sobre actos ilícitos.

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

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

A pesar de que nuestra ley no reconoce la promesa de matrimonio, o esponsales de futuro como la llama, creo que cabe en el concepto de "seducción" a los efectos del artículo 1088. El Dr. Vélez, en el 11º, copiado por el 8º de la ley 2393, se inspiró en Goyena, agregando a la fuente el párrafo que dice: "Ningún Tribunal admitirá demandas sobre la materia, ni por indemnización de perjuicios que ellos (los esponsales) hubieren causado". Es completa y amplía la libertad de los comprometidos, por lo tanto, remarca la norma por esa vía que el matrimonio es un acto plenamente voluntario y querido. Mas ese estatuto no destituye a la seducción de sus efectos. Aquí se utiliza la promesa para cautivar el ánimo y llegar a la cópula carnal, de modo que la demanda en procura del resarcimiento por el agravio moral, y hasta material si cabe, no tiende a reparar daños provocados por la simple ruptura, ella en sí misma, sino por los efectos de la seducción, al haberse usado los esponsales como palanca que abre las posibilidades del acceso carnal. Luego, el art. 8º de la ley 2393 tiene un ámbito preciso. Al excluir toda demanda de indemnización de los perjuicios ocasionados con el compromiso matrimonial, o promesa mutua de casarse, se refiere a los efectos de dichos esponsales, en lo propio de ellos, pero no descarta los que provienen de un imprudente o artera cópula carnal. Lo previsto en el art. 1088 es el dolo o la culpa y las

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

consecuencias dañosas que reflejan en la deshonra de la mujer seducida, no, insisto, el quebrantamiento como acto objetivo de la violación del compromiso matrimonial. Los esponsales fueron el instrumento, la cópula el fin y el honor lo lesionado.

El Código Napoleón se abstuvo de pronunciarse sobre "esponsales del futuro", pero la jurisprudencia reconoció muy pronto el derecho frente al daño que se causa a ciertos elementos personalísimos, respetables en todo momento, y, durante el noviazgo, más expuestos que nunca, Rébora, que transcribe diversos de esos fallos rectores, puso bien de resalto que, aun sin pretender darle consecuencias jurídicas a la promesa, considerada en sí misma, no puede dejarse de lado la obligación de obrar con la necesaria prudencia y natural responsabilidad. Es inconcebible que ante una situación que llama "prematrimonial", se permita el abandono sin preocupación alguna por la sensibilidad de los que participaron en ella, "como si las acciones de quien vaya o venga por los caminos abiertos a las afecciones consiguientes hubieran de quedar, por no se sabría qué razón, fuera de la ley común" (arts. 1109 y 1072 del Cód. Civil); "muy al contrario (su punto de vista) es el de que en la especialísima situación creada por el compromiso matrimonial - subsistentes las del dolo - aumentan las posibilidades proclives de la culpa"(29)(2063).

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

Muy distinto a ello es la mentira y la malicia, o la total falta de prudencia. Así, por ejemplo, si la entrega sexual se efectúa porque media la promesa de casamiento que redime de toda deshonra, que borra toda falta y subsana cualquier consecuencia, como el embarazo. Cuando el seducido es en tal caso de buena fe, el impulso es muy otro, tiene distintos matices y viene encaballado sobre una apariencia engañosa, es imprevisible el incumplimiento, siendo convincente la palabra dada. Naturalmente que pueden influir muchas circunstancias concomitantes,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

pero la verdadera causa eficiente, decisiva, generadora de la voluntad de entrega, es una expectativa reivindicante, luego no cumplida(30)(2064).

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

Claro está que esta celebración debe ser consentida por la agraviada. Cuando hubo violación, estupro, rapto o abuso deshonesto de mujer soltera, dice el art. 132 del Código Penal que el delincuente queda exento de pena si se casare con la ofendida, prestando ella su consentimiento. Por lo que, si lo niega, ello no libera ni atenúa la responsabilidad del delincuente, ya sea penal como civil. El trámite del proceso, entonces, queda supeditado al ofrecimiento matrimonial del procesado y consentimiento de la víctima(31)(2065). Del mismo modo habiendo seducción, el matrimonio restituye el honor dañado a su primera condición antes del hecho, y ya no corresponde la indemnización, pero, para ello, es necesario el consentimiento de la damnificada, sin que la negativa de ella coloque en mejor situación al responsable. Borda, sin embargo, piensa que se extingue la acción por daño moral, mas no la del daño material, para el supuesto de que el autor del delito se case con la ofendida y luego la abandone(32)(2066). Esa conclusión la critica el Dr. Félix A. Trigo Represas, porque cualquier abandono matrimonial produce los efectos sancionadores que estatuyen la ley 2393 y los arts. 1306 y 3574 del Código Civil(33)(2067). De todas maneras lo cierto es que, el honor, bien personalísimo, se repone integralmente con el casamiento, sin perjuicio de los avatares futuros de la pareja.

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

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

materia no puede corresponde a la justicia civil". Es así como en el artículo 67 vedó los "pleitos" sobre esa materia, que quisieran promover las partes interesadas, salvo las medidas policiales para evitar los crímenes, pero en la extensión que surge de la nota transcripta, así como los que plantearan sobre la filiación del no nacido. Y, en el 78, dispuso: "no tendrá jamás lugar el reconocimiento judicial del embarazo, ni otras diligencias como depósito y guarda de la mujer embarazada, ni el reconocimiento del parto en el acto o después de tener lugar. . . ". Claro que, en normas posteriores, cuando se desprendió del influjo del jurista brasileño, y se dejó llevar por la doctrina del código creado por el venezolano Bello, el de Chile, contradijo para dos supuestos esa tesis. En los artículos 247 y 249 admitió todo tipo de medidas para asegurarse la efectividad y oportunidad del parto, sobre la reciente viuda que se creyere embarazada, y sobre la reciente divorciada en igual situación. Mas lo cierto es que el principio general expuesto se basa en la preservación del decoro y pudor de la mujer; del recato que le es característico. Demostrando así el Dr. Vélez que, no obstante los antecedentes históricos, tenía en alta estima la necesidad de respetar en sumo grado la honra femenina, como puso de manifiesto en la nota transcripta.

F) El honor, el nombre, la imagen y otras representaciones de la persona.

Suele ocurrir que a través de derechos que van unidos a la persona de modo íntimo, que la prefiguran con total singularidad, quiero decir, representando lo que de suyo tiene en lo individual se pueda perturbar éste del honor. Así, a través del nombre; el llamado derecho moral de autor; el seudónimo; las patentes de invención, marcas de fábrica y razón social, y también la imagen. Salvo este último, yo no creo que los demás, inclusive lo digo del nombre, sean propiamente derechos personalísimos, también llamados de la personalidad. Lo que no importa sostener que no son derechos subjetivos, sino que en todo caso serán de naturaleza distinta. Todo derecho personalísimo puede verse vulnerado sirviendo de medio otro derecho personalísimo, ya sea que cadre en la integridad física, en la integridad espiritual o en la libertad; o sirviendo de medio cualquier derecho no personalísimo, y aun ni siquiera con calidad extrapatrimonial.

Pero el honor muy particularmente puede verse comprometido por los signos distintivos que he señalado, utilizados como vehículo adecuado a la lesión. Ellos señalan a la persona, a ella misma o a sus obras con estrecha ligadura personal. Y el honor, ya se ha dicho, es un bien interior, confundido con la persona, pero que además alarga su naturaleza al denominado "buen nombre", que es la celebridad, el renombre social del ser individual. Por ataques a la obra intelectual, a la autoría y a la paternidad del creador o del propietario (marca de fábrica, patente, etc.), puede obtenerse indirectamente la destrucción de la fama. Más aún si se usa el elemento identificador, como el seudónimo o el nombre, de modo

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

que se turbe la estima y la respetabilidad que corresponde. Porque una cosa es que se usurpe el nombre, paternidad de la obra o del arte, el seudónimo o la imagen, y muy otra que, con motivo de dicha actitud, la persona se encuentre expuesta, por ejemplo, al escarnio, o vea disminuida su espectabilidad. Hay allí dos violaciones a sendos derechos; pueden haber tres o cuatro, según circunstancias, intenciones y consecuencias. Aquí sólo interesa la del honor. Es más, puede llegar a hacerse esta distinción, que aunque parezca no es sutil: casos en que el "nombre" es usado sin usurpación, respetándose la titularidad: se menciona a la persona para dar una noticia al público, o también con fines biográficos, pero, al tiempo se hiere la reputación o se lanza una difamación. El caso "Kitzler c/Editorial Sarmiento S.A.", ya citado antes(34)(2068), es un ejemplo de ello en donde se publicó que un hombre, de intachables antecedentes familiares y personales, de edad madura, con un apresuramiento culposo y dando detalles falsos, había violado una criatura de tres años. Y ello reiteradamente, por tres veces con pormenores bien individualizadores: nombre, profesión, edad, etc. Se recuerda el caso del abogado Lucio Luciani. El periódico "Omnibus" utilizó ese nombre, alegando luego que con el carácter de seudónimo. Lo hizo aparecer revelando, en un artículo firmado por él situaciones que violaban el secreto profesional de letrado. Al generarse en el público la falsa idea de que dicho profesional revelaba indebidamente asuntos reservados, quedó ofendida la reputación. Verdadero ataque, con uso del nombre, al honor. El Tribunal italiano de Milán, donde se ventiló el asunto, englobó ambos aspectos. Sentó esta doctrina: "subsisten los presupuestos de la acción de usurpación de nombre cuando alguno usa el nombre de otro, perjudicando la reputación del titular del nombre"(35)(2069).

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

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

acciones, pero, "ni aun esto basta para excluir la ofensa". El uso del nombre evoca contemporáneamente a la persona misma y a la torpe personificación del homónimo, "y se produce, por consiguiente una contaminación que, aun no llegando al equívoco, no es en absoluto conciliable con la dignidad personal". De Cupis, que termina aconsejando que en estos casos de personajes denigrados, los creadores de fantasías cinematográficas usen sólo el pronombre o nombre de pila, para evitar las semejanzas con individuos reales, da estos claros conceptos: "el nombre es algo así como el símbolo verbal de la persona; cuando la llamada a este símbolo va acompañada de la contemporánea evocación de la indignidad o ridiculez de un homónimo personaje, entonces el nombre, que debería reflejar la personalidad del individuo, reproduce conjuntamente otra personalidad que el individuo, en modo alguno, querría ver mezclada, ni aun someramente, a la propia"(36)(2070).

Hablando de cinematografía, conviene señalar que suelen hacerse más palpables los conflictos que con las noticias del diario. La función de la crónica periodística es diversa: va encaminada a la información pública. La industria del cine tiende a facilitar un espectáculo que puede o no llegar a ser artístico. Es ilustrativo el caso que falló el Tribunal de Nápoles en enero de 1949, a raíz de un filme de la <Societá Lux>. Mostraba una escena sobre la llamada "banda del barón de Compagna". El padre del delincuente no se sintió afectado por las informaciones periodísticas cuando se propaló el famoso "affaire". Su hijo fue arrestado, tentó fugarse y terminó con la muerte. Pero no pudo soportar la correspondiente escena cinematográfica, por medio de la cual se agravaba la perniciosa fama creada en torno a "Bruno Compagna", considerando lesionado el honor familiar. No sólo por el uso del apellido, sino por la habitual aplicación del mismo a una organización del hampa(37)(2071).

Claro que la indiscreción periodística queda incluida entre los medios que facilitan los perjuicios a la honra. Pero ella, y en especial la literatura, son menos proclives a causar tales daños. La difusión es menor con respecto a su calidad difusiva, dado que falta la acústica, el movimiento, el colorido, pero particularmente, se hacen menos reales y patentes las representaciones al no tener el calor y el brío de la imagen visual. Además, la palabra escrita no está destinada a un público reunido, agrupado, sino a dispersión general de lectores individuales; cada uno para sí y los suyos. De ahí que no sirvan de exacta comparación para extender las justificaciones a los actos lesivos. Estos son más palpables cuando se adentran en la sensibilidad del público destinatario; cuando las reproducciones se hacen más intensa y extensamente; las impresiones son más vívidamente volcadas.

Las conclusiones que pueden extraerse de los ejemplos referidos, y la acogedora defensa del bien cuando se ha usado en su desmedro el nombre, parecen enfrentarse con serio escollo ante una discutible disposición de la ley 18248, sobre "nombre de las personas naturales" la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

cual, como se sabe, en términos generales ha puesto orden en la materia. Es indudable que dicha regulación ha significado un avance frente al vacío que existía antes de la ley, pero, habrá que ajustar los lentes de la interpretación para evitar resultados desfavorables al honor. Me estoy refiriendo al artículo 21 que regula la acción "de contestación de nombre", vale decir, cuando ha sido usurpado y el titular tiene derecho a reclamar que cese el indebido uso. Dice la norma en su primer párrafo, que quien así ha procedido, aprovechando la designación que pertenece a otro, no sólo tiene aquella acción sino que, también, puede requerir la reparación de los daños, si los hubiese. Uno de tales daños podrá ser la lesión moral provocada por el usurpador.

Hasta aquí, la situación es clara, pero el segundo párrafo establece: "Cuando fuere utilizado maliciosamente para la designación cosas o personajes de fantasía y causare perjuicio moral o material, podrá demandarse el cese del uso y la indemnización de los daños". Si no fuera por ese término "maliciosamente", no más que ponderaciones podrían exteriorizarse de la solución legal; solución que apuntala en un caso particular el bien personalísimo, porque está defendiendo única y exclusivamente el honor, la integridad espiritual de la persona. Maliciosamente importa dolo, perversidad, intención de dañar. De donde, cuando falta esa maldad calificada, parecería que las designaciones de fantasía están al margen de la repudiación de la ley. Que, si se causara un perjuicio moral por negligencia o imprudencia, la acción quedara sin basamento legal. Las argumentaciones de De Cupis rebaten, a mi juicio exitosamente, una tal regla, o, en todo caso, una tal interpretación. Con razón el Dr. Adolfo Pliner ha objetado la palabrita, considerando que no hay razón alguna para que se releve la responsabilidad por culpa, haciendo una excepción inconcebible (son sus expresiones) al régimen en materia de hechos ilícitos, particularmente el artículo 1109 del Código Civil(38)(2072). Borda, sin embargo, aceptando que aquí no se defiende el nombre en sentido propio sino el honor, se ha hecho cargo de la crítica para sostener que, no sólo hay malicia con la intención deliberada de mortificar, sino cuando se utiliza el nombre de una persona para designar personajes inmorales o ridículos, sin preocuparse "ni poco ni mucho de una eventual coincidencia con el nombre de una persona viva". Y que, si se utiliza el apellido perteneciente a una familia o a un reducido núcleo de familias, la intención de inferir agravio o molestia debe presumirse(39)(2073). Como doctrina me parece inmejorable. Lo que es muy distinto de considerarla respetuosa de la letra de la ley, en la cual, el requisito del uso a sabiendas y dirigido a causar el agravio, malicioso, no se presenta fácilmente soslayable. Porque, lo que es muy grave, supuesto el uso inocente o imprudente, más dañoso, no podría el damnificado en su honor, ni tan siquiera reclamar la abstención, debiendo soportar que continúe el ataque no malicioso. Las dos vías tutelares, y aun la tercera del art. 666 bis del Código Civil, la de las "astreintes" o sanciones conminatorias, están supeditadas a la deliberación dañosa del causante, del creador o del divulgador.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

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

Si el vehículo del ataque es la imagen, éste sí verdadero derecho innato y, por lo tanto, personalísimo, hay que recurrir a las normas vigentes (art. 31 de la ley 11723), en la medida en que se admite la difusión(40)(2074). Empero, ello no importa aceptar que se hiera impunemente el decoro, la honra, en cuyo caso el acto resultaría antijurídico, no por la publicación en sí misma, si ella entra en el área de libertad sino por el ataque a ese otro bien personalísimo. La autonomía de la segunda hipótesis surge de las normas independientes de la ley 11723 que resguardan el honor.

Naturalmente que la lesión puede ser doble: a la imagen y al honor(41)(2075). La Corte Suprema de la Nación, por competencia originaria, debió fallar un interesante caso con respecto a un diplomático radicado en nuestro país. Cobró para el Tribunal importancia absorbente el segundo bien, el del honor. Eduardo Carrizosa, Secretario de la Legación de Colombia, se enteró un buen día que, entre los juegos y atracciones de la Sociedad Rural de Palermo, había uno llamado "telegramisión relámpago", "revelación del destino", "le saldrá la fotografía que ama". Se depositaba \$ 0,20 en la ranura del aparato y se obtenía un papel con leyendas y la fotografía de Carrizosa, la cual decía al pie: "aunque poseo más capital que Ud., no importa para lograr el fin deseado. Espero contestación. Hasta la vista. Chalado". Y chalado significa alelado, falta de juicio. La Corte, aparte de haberse reproducido ilícitamente la fotografía, consideró evidente el agravio, la falta al decoro, poca seriedad y la indiscreción, y condenó a los demandados por infracción punible de injurias. Hizo expresa mención del art. 31 de la ley 11723, así como el 72, para después, al referirse al agravio moral, al ridículo, considerar indiscutible la calificación del artículo 110 del Código Penal, disponiendo la indemnización por daños según arts. 1068, 1078, 1109 y 1720 del Código Civil(42)(2076).

Ya se ha visto que falta entre nosotros una norma general, tal como la del anteproyecto de Gomes o la del fuero de los españoles. También sería útil estatuir una separación entre esos dos derechos personalísimos: la imagen y el honor, como surge plenamente del Código de Italia. Mas no obstante el vacío, considero posible llegar a un resultado que afirma tal independencia. En efecto, el art. 31, ya citado, de la ley 11723, admite libremente la exposición de la fotografía, o de la imagen en general, cuando ella se relaciona con fines científicos, didácticos y en general culturales, o con hechos o acontecimientos de interés público o desarrollados en público(43)(2077). Pues bien, la afrenta y el escarnio no cuadra en ninguno de esos casos en forma simple y pura. Se pone en evidencia un fin ajeno a los que la norma se refiere, o, de todas maneras, entremezclado con ellos y que le quita la unicidad elemental de la categoría positiva. Ya no es posible, entonces, hablar de fines científicos o culturales, desde que la difusión sirve

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

también para el desdoro y desmedro del retratado. Así, por ejemplo, aun cuando se tratara de una obra culturalmente útil para la comunidad, ya por sus excelencias artísticas, material empleado, títulos del autor, si a la vez daña la honra por algún aspecto sensible, como la postura, el desnudo o la significación que esté en desacuerdo con la personalidad formada, habría que considerar que está al margen de la permisión legal esa obra, puesto que no entra en juego la imagen solamente, sino que ella es el medio utilizado para perturbar el otro bien y lo mismo podría sostenerse de las otras excepciones sobre libre publicidad de la imagen. Aun resulta innecesario llegar a la injuria de tipo penal, pues basta que falte a la prístina y única finalidad permitida la pureza de su contenido para dejar de ser ella sola el móvil de la fotografía, dibujo o televisación. Levántase otro objetivo que la desnaturaliza y que la vuelve ilegítima, el de herir la respetabilidad, el decoro, mofarse o ironizar.

CAPÍTULO II: EL DERECHO A LA IMAGEN(*) (2078)

I. - INDEPENDENCIA CONCEPTUAL

Es muy común que se confunda la imagen de la persona con alguno de los otros bienes personalísimos. Así, ello ha ocurrido con el cuerpo, el honor, la riservatezza o intimidad. Creo que es demostrable la esfera propia y singular de la imagen, sin perjuicio, naturalmente, de los contactos y aproximaciones con sus pares.

El derecho a la propia imagen fue extendiéndose en la doctrina a fines del siglo anterior y, posteriormente, se recibió en las legislaciones. Debe señalarse que la inquietud que impulsaba al reconocimiento jurídico, fue incitada por el invento de la fotografía, el cual data de 1829, y perteneció al químico francés Nicéforo Niepce, perfeccionado por el artista de la misma nacionalidad, Luis Jacobo Mandé Daguerre, creador, precisamente del daguerrotipo. La fácil e instantánea captación de las imágenes proporcionó la oportunidad de fotografiar inconsultamente, con toda la gama de los abusos publicitarios, de reproducciones, exhibiciones, chantajes, etc. La concepción jurídica más antigua y radical que salió en defensa de la persona, consideró que la imagen es una manifestación del cuerpo, luego, del mismo modo que el individuo tiene derecho a su propio cuerpo, debe tenerlo a la propia imagen, la cual es su fiel reproducción, algo así como la sombra. Enrolado en esta teoría, Keyssner sostuvo la ilicitud de la simple apropiación y, por supuesto, también la de la publicidad. El fotografiado, en defensa de su cuerpo, puede arrebatarse la máquina del fotógrafo y estrellarla para evitar la impresión de la placa, como un modo de ejercer la "legítima defensa"(44)(2079). En esa línea doctrinaria se incluye a Campogrande, Romanelli, Gareis y Luigi Ferrara(45)(2080).

Una segunda teoría se aleja de la expuesta que fue tildada de materialista, pero afirma la autonomía del derecho personalísimo a la imagen, y sostiene que ella es una emanación de la personalidad; no es

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

el cuerpo el objeto del derecho, sino la figura exteriorizada en los rasgos físicos. El ataque vulnera la voluntad, pues se considera como una intromisión indebida en la esfera de la actividad, reservada a la autonomía individual(46)(2081).

En tercera instancia, contra las teorías motejadas de individualistas que se han expuesto, surgió la que niega simplemente todo derecho(47)(2082).

Esa doctrina negatoria evolucionó atemperándose, para encuadrar la violación de la imagen en el radio de protección del honor. Empleando ingredientes sociales, porque el público puede querer legítimamente que se conozca a las imágenes notorias o que le interesan, como las históricas, de hombres célebres y públicos, de artistas o personas de relieve aun de particulares, se concluye que no hay un derecho independiente, sino una tutela de la reputación y de la honra. Luego, la imagen de la persona sólo está amparada cuando la difusión a la vez daña el honor; se la protege frente a publicidades injuriosas. La simple apropiación o la publicidad inofensiva, son lícitas y libres. Claro que esta teoría aclaró, ampliando convenientemente el marco, que no se trata sólo de la injuria de carácter penal, sino de aquella mucho más comprensiva, que abarca a la lesión del interés moral, la reputación y la estima(48)(2083).

Así las cosas, hoy parece difundirse una quinta posición que confunde a la imagen con la intimidad, el right of privacy o diritto di riservatezza. Vale decir que, sin dejar de señalar las salientes y molduras propias, se considera en ciertos casos afectado aquel derecho a la vida privada, a la reserva personal, y, por lo tanto, carece de total autonomía el de la imagen(49)(2084).

Aún, puede señalarse una sexta teoría, o sea, aquella que confunde a la imagen con el derecho de propiedad absoluto(50)(2085).

Debo rectificarme. En otra ocasión me vi quizá encandilado por el sobrio anteproyecto brasileño de Gomes. Por muchos motivos me impresionó al hacer los primeros escauceos sobre los derechos personalísimos. Sostuve entonces que, en aquel anteproyecto, está captada la situación. Dije: "Sin aceptar el restrictivo criterio individualista, tampoco, en aras de la actual evolución social, permite el anteproyecto - una exhibición indiscriminada de la imagen. No se trata sólo de impedir un ataque al honor, una lesión delictiva, sino de mirar por otros aspectos afectivos que con facilidad se pueden identificar. Dispone el art. 36 que la publicación, exposición o utilización no autorizada de la imagen de una persona puede ser prohibida a su requerimiento. sin perjuicio de la indemnización que se fije por los daños sufridos. La prohibición sólo se justifica si la reproducción resulta un atentado a la honra, buena fama o respetabilidad de la persona. Se trata, como explicó - Gomes - en la memoria justificativa, de reprimir el abuso en el ejercicio. Y, tal abuso, cuando se protege la buena fama y respetabilidad, es evidente si el uso tiene fines propagandísticos, o si el lucho o la empresa del lucro, han puesto la mano en la imagen de una persona. No es todo que la reproducción

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

hiera el honor por obscena o descarada, sino que, inclusive, basta que se manche la respetabilidad. Todo quedará determinado por las circunstancias de hecho y posición de las personas"(51)(2086).

Veo ahora que caía insensiblemente en la negación de un verdadero y propio derecho a la imagen, conduciendo la materia al radio del honor. Retomo, pues, la segunda doctrina porque, realmente, la figura humana es una de las manifestaciones que se distingue del cuerpo, el honor y la intimidad. Tiene singulares características dentro de los derechos personalísimos y, el mejor modo de protegerla, con la amplitud que esa impronta del hombre se merece, es conociéndole esfera jurídica autónoma.

Al deseo que tiene alguien de reproducir la imagen de otro, debe ser posible oponer la voluntad contraria de quienes no ven de su agrado la divulgada muestra de su fisonomía. El jurista tiene que encontrar las soluciones que señalan el límite en la oposición de voluntades contrapuestas y, esto, no puede hacerlo de otro modo que remontándose al principio general del respeto a la persona, relacionando con él aquella característica extrema que constituye la fisonomía de cada uno. No cabe duda de que el retrato es una de las manifestaciones diversas del cuerpo, pero que lo representa en los rasgos, con la impronta personal y única, caracterológica y espiritual que aquél va revelando. Bien se ha dicho que, el error de la doctrina que la confunde con el honor, es evidente en los casos en que es difícil o imposible decidir si la reproducción constituirá una ofensa a la fama. Debe reconocerse, independientemente de cualquier injuria, la existencia del derecho. El principio de la sociabilidad sólo puede valer como límite de ese derecho(52)(2087).

Con respecto a esto último, creo que bastan las restricciones legales. El legislador se encarga de impedir un ejercicio abusivo y antisocial, pero no confunde el retrato con el honor o con algún otro bien personalísimo. Un fuerte argumento resulta de indagar las legislaciones. Y bien, en los países que tutelan la imagen no se observa ese tipo de confusiones, sino una clara orientación a tratarla específicamente. Gatti lo ha observado en el Uruguay, porque el art. 21 de la ley 9739, del 17 de diciembre de 1937, la cual concuerda con la italiana de 1925, consagró un derecho autónomo que no queda englobado dentro de la protección genérica del honor. Se impide la exposición de los rasgos fisonómicos aun cuando no derive una ofensa para el decoro(53)(2088). Dicho autor, sin embargo, termina por acompañar a quienes incluyen la imagen dentro del derecho a la esfera secreta.

El Código Civil italiano, art. 10, tampoco confunde las cosas, puesto que contempla dos hipótesis perfectamente delineadas: "Cuando la imagen de una persona o de sus padres o del cónyuge o de los hijos menores de edad sea expuesta o publicada fuera de los casos en que la exposición o publicación es consentida por la ley, o bien con perjuicio al decoro o a la reputación de la persona misma o de sus dichos parientes, la autoridad judicial, a instancia del interesado, puede disponer que cese el abuso,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

salvo el resarcimiento de los daños". Se equivoca, por lo tanto, Orgaz, cuando coloca esa norma como enrolada en la teoría que hace del amparo a la imagen una derivación del honor(54)(2089). La segunda frase, después de "o bien", es una hipótesis ulterior y especial, distinta de la anterior: "ovvero con pregiudizio al decoro o alla reputazione della persona"; separada por ese término "ovvero" que luce como expresión disyuntiva. La larga lucha - son palabras de De Cupis - que el derecho a la imagen ha debido sostener para diferenciarse del derecho al honor, ha concluido victoriosamente también en nuestra ley: el derecho a la imagen no es absorbido por el derecho al honor, el ordenamiento interviene contra la abusiva exposición o publicación también si no hay ofensa para el decoro o la reputación(55)(2090). Pero este autorizado jurista confunde luego el panorama con la riservatezza.

La ley alemana de derechos de autor sobre obras de arte plástico y de fotografía (9 de enero de 1907), en los arts. 22 a 24 establece que las imágenes sólo pueden ser difundidas y publicadas con el consentimiento del retratado, y durante los diez primeros años a su muerte con el de sus familiares, salvo excepciones como las imágenes que proceden de la historia contemporánea, aquellas en que la persona aparece como un accesorio del paisaje, las fotografías de reuniones o actos públicos en los cuales la persona representada ha tomado parte las fotografías no hechas por encargo si su exhibición sirve a un elevado interés artístico, o las que conviene a las autoridades por razones de justicia o seguridad pública. El examen atento de esas normas para nada nos lleva a confundir necesariamente la imagen con el honor. Por el contrario, se la protege per se. También en el anteproyecto francés, art. 162, que establece que toda persona puede prohibir la publicación, exposición o utilización de su imagen, lo que hace decir a los Mazeaud, que es un derecho de la personalidad "prolongación del derecho a la libertad"(56)(2091).

Nuestra ley 11 723 conserva tal independencia.

¿ En qué se sostiene, entonces, aquello de que la imagen está puesta bajo la tutela del honor? A menos que se quiera, ignoro con qué fines, desconocer lo que la ley, bien o mal, ha erigido autónomamente. Exigir lo que la norma no exige. Porque en ella es más sensible y lato el amparo al eludirse la difícil prueba, en veces inexistente, de la injuria, el desdoro o la lesión a la respetabilidad..

En cuanto a la subordinación con el derecho a la intimidad o a la reserva - especie de un género - me basta un ejemplo para lanzar la duda. Una persona se retrata y permite expresamente por dinero u otro motivo, que la imagen se utilice en la propaganda de una mercadería de uso común. Difundida en afiches, tarjetas, cinematógrafo y televisión del lugar, ya no podría hablar de que ese retrato suyo representa una parte de su esfera secreta, de la intimidad o reserva de su figura. Pero resulta que otra empresa comercial o publicitaria, para propaganda de productos de distinta marca o naturaleza, se apropia de aquella imagen ya divulgada, y a su vez, la utiliza. ¿Corresponde que la persona pueda defenderse

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

contra la segunda difusión no autorizada y tampoco querida? Por de pronto, ya no podría invocar un ataque a su intimidad. Creo no obstante, que la demanda sería justa y viable. Piénsese en el lucro cesante, y piénsese en la facultad exclusiva que toda persona tiene de dosificar la publicidad de su figura, de elegir el producto que para ella mejor cuadra; a no ver su imagen como una "tierra de nadie", algo de uso común que cualquiera puede aprovechar. Y, repito, si el derecho a la imagen no es problemático en ese caso, sino perfectamente amparado por la ley, ya es mucho más difícil, casi imposible detectar la violación de la riservatezza. He ahí comprobada la autonomía de un derecho, en comparación con el otro. Pero conste que no niego el "right of privacy", sino que lo considero una tutela de manifestaciones diversas a la de la imagen. Con esa especial y no sospechable idea, suscribo estas palabras de Pugliese: "Exponiendo y publicando la imagen de otra persona, no se viola solamente su esfera de intimidad, pero se incide inmediatamente sobre su personalidad... Quien utiliza a cualquier fin la imagen que de la personalidad (la persona) es misteriosa y casi divina impronta, utiliza en el fondo la persona, multiplicando sin su deseo la presencia moral. Podrán subsistir dudas en torno a la precisa definición del bien que es protegido mediante el derecho a la imagen. . .; pero deberá reconocerse que ocupa, en la escala de los valores humanos, un puesto más alto, y que está más estrictamente conectado con la personalidad (persona) que el bien della riservatezza"(57)(2092).

La autonomía permite proteger, no solamente de la exhibición y difusión publicitaria, sino también de la apropiación. ¿O es que deberá soportarse la actitud del pintor que, para no gastar en modelos, los sorprende escondido en el atelier de un colega? Siempre me ha parecido chocante y violatorio el proceder del fotógrafo que imprime la placa para, después, pretender entrar en tratos de venta con el fotografiado, influenciando en su ánimo ante el hecho consumado. Si aquél no desea comprarla, tendrá que volver a casa con el interrogante sobre el destino que finalmente se dará a su imagen. Para evitar esa inquietud, se verá obligado a pagar y exigir la entrega de los negativos, retribuyendo una labor que no solicitó ni quiso. La sorpresiva acción del fotógrafo produce efectos que el derecho no debe amparar: coacción moral para asegurarse la compraventa o la locación de obra, si así quiere tipificarse el contrato; captación inconsulta de una imagen personal, divina impronta según Pugliese; y, desde el punto de vista preventivo, imposibilidad de impedir la publicación o la exhibición, que son actos posteriores lesionantes. El amparo debe ser anterior si se quiere asegurar los medios de evitar acciones antijurídicas, desvaliosas. También y con más razón debiera estar prohibida la caricatura inconsulta, repentina. Todas esas maniobras no se apoyan en la buena fe. Su prohibición para nada atenta contra los intereses sociales, muy a la inversa, asegura el respeto entre las personas. Descarto desde ya aquellos casos en que sí hay utilidad o necesidad colectiva, y la ley estableciendo pautas, permite, inclusive, la difusión.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Toda foto, escultura, cuadro, escena cinematográfica, caricatura, tiene distinta factura y calidad; tiene lo propio y peculiar. Depende de la pose, la luz, la vestimenta, el día, el color, hasta la salud y semblante del retratado. Este, por lo tanto, puede tener un interés muy legítimo en negarse en ciertos casos y permitir en otros. La imagen es una emanación física innaci, ad vitam y necesaria de la persona. Confundirla con el derecho más amplio de la intimidad, es un modo de obstaculizar la tutela por el lado de la simple reproducción, puesto que sin exposición, no hay actos violatorios de la esfera secreta o reservada. Pero he aquí que entonces todos, cualquiera y en cualquier circunstancia, podrían ir sacándome fotos o bocetos a sus anchas, para contemplarme en alguna postura, con un gesto determinado en su gabinete particular. Podría suceder el incómodo caso de una persona que, por sus excelencias físicas o espirituales, por sus atractivos, se viera duramente acosada por la cámara fotográfica de sus admiradores, desde que abre la ventana de su cuarto hasta que sale por la puerta, y mientras camina por la plaza. Siguiendo el criterio de De Cupis, para quien solamente es ilegítima la publicidad, pero no la simple fijación de la imagen(58)(2093), esa persona, molesta por el seguimiento, no tendría defensa. Basta que el retratista la quiera aprovechar para él, y se está viendo aquel legítimo interés de que hablaba. Piénsese en la presumida jovencita, quien no quiere dar su imagen más que en ciertas condiciones. O en aquel cameraman que sorprende a alguien en pose ridícula o en ropas interiores, aun cuando no publique nada, difunda, ni exponga; nada exteriorice, ponga en la calle al servicio de miradas indiscretas, o curiosas. Pese a la falta de escarnio, para mí que allí hay acto ilícito(59)(2094).

II - LA LEY 11723

La primera ronda sobre la materia se hizo en el art. 4° de la ley de marcas 3975, que prohíbe el uso del nombre o el retrato de una persona a favor de un tercero, a menos que la persona retratada o sus herederos dieran el consentimiento. Está prohibido, no sólo la difusión o explotación, sino también el registro como si fuera una marca o diseño del comercio, la industria o la agricultura. Claro que todo registro en las entidades u organismos destinados para ello, cumple una función de publicidad; pero también sirven como pauta de apropiación. No cabe duda de que la ley tiende a tutelar la imagen, sin depender del desmedro a la respetabilidad. Simplemente, veda convertir en marca el retrato, lo que debe hacerse extensivo a la imagen en general, cualquiera fuese el sistema de reproducción.

El art. 4° dice que el retrato (léase imagen), no podrá "usarse como marca", y el 12 que "sólo será considerado marca en uso, para los efectos de la propiedad que acuerda" la ley, la que goce de los certificados de la oficina; remarcando el 16, que quien desee "obtener la propiedad de una marca" debe solicitarla de la oficina de patentes.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Esto confirma que hay una etapa anterior a la difusión de la imagen, en la cual, ya la ley extiende su tutela: la simple registración y propiedad consiguiente.

Me interesa recalcar que la protección no depende de los ataques al honor, ni de la invasión a la intimidad del sujeto; tampoco de la violación del secreto. Basta la apropiación indebida de la imagen, lo que, para los efectos limitados y previstos por la ley en una esfera específica, se produce con la inscripción registral.

Mucho se ha escrito sobre los errores de la ley 11 723. En primer lugar porque, como no existe una norma general que ampare la imagen, aquella ley excede el marco de su ámbito. En efecto, es bien diverso el derecho de autor sobre el retrato del que surge del retratado sobre su imagen. En este último caso, se prescinde de la labor artística o técnica, para mirar el bien personalísimo. La ley, pues, "De propiedad intelectual", como se la llama, sólo debía ocuparse del primero, pero lo ha hecho deficientemente de ambos. Y, pese a que los autores del Proyecto especialmente el senador Sánchez Sorondo, reconocieron que la utilización, desde el punto de vista de los intereses morales y económicos de la persona cuya imagen es reproducida, es materia totalmente ajena a los derechos de autor(60)(2095). El art. 31 expresa: "El retrato fotográfico de una persona no puede ser puesto en el comercio sin el consentimiento expreso de la misma persona. . . ". Ello ha hecho decir que, tan deficiente técnica legislativa, deriva de la indecisión de los legisladores para colocar el retrato fuera del campo de los derechos de autor, o sea, dentro de las materias "conexas") como lo hizo la ley italiana, la cual dejó en ese régimen lo que atañe a la reproducción que entraña creación artística y como derechos conexos la que no importe esa creación. Dicha ley, N° 633, del 22 de abril de 1941, se titula: "Protezione del diritto di autore e di altri diritti connessi al suo esercizio"(61)(2096).

Pienso que no se trata de materia conexa, sino de dos caras de un mismo fenómeno, totalmente diversas, puesto que representan sendos derechos diferentes. El de autor, cuando éste confecciona o retrata y fija la imagen, y el de la persona retratada o representada, en resguardo, no del arte, paternidad u obra sino de su propia persona. Con o sin calidades artísticas o técnicas la imagen debe ser protegida. Una excelsa y originalísima obra de arte, no descoloca el tema del radio de los derechos personalísimos, aun cuando es éste un ángulo visual totalmente distinto, pueda o no discutirse la paternidad del autor. Lo mismo que una común fotografía en blanco y negro.

La norma habla del retrato fotográfico, pero debe ser aplicada a los hechos a lápices, caricaturas, pinturas, esculturas, cinematografía, fotonovelas, relieves, televisión y hasta representaciones teatrales. Son hechos y situaciones similares y es aplicable la analogía. Lo mismo se ha dicho de la voz humana. Con más exacto sentido, la disposición modelo, decreto - ley italiano de 1925, sólo mentaba el "retrato". La fotografía es una reproducción estática, luego, con mayor razón debe

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

protegerse la imagen frente al cine, la televisión y las parodias personificadoras del teatro que se componen de imágenes en serie, haciendo más grave el atentado por ser un espectáculo que equivale a la vida misma, su movimiento y trayectoria(62)(2097).

Con las palabras "ser puesto en el comercio" se abarcan multitud de actos, hasta la exhibición en vidrieras, pero no la simple reproducción. Ello es criticable porque permite diversos atentados, como los que líneas antes describí. De modo que, si no se vende el retrato, se lo exhibe públicamente, difunde o divulga, se lo utiliza para propaganda, podría pensarse que es una facultad legal sacar fotografías a quien se opone, pintarlo caricaturescamente, filmarlo o televisarlo en "video tape". Es ese un magro resultado. Pero, de lege conditio la imagen no queda protegida más que por el lado de su explotación, de su contacto con el público, lo que, de lege ferenda debe combatirse. Habría que estudiar cómo queda la conducta del fotógrafo, dibujante, etc., frente al derecho a la libertad del portador de su imagen.

Pese a la restricción señalada, la ley no confunde la tutela que proyecta con la del honor, desde que no exige algún ataque a la estima, fama o respetabilidad, y menos un delito de injuria o calumnia. Basta, objetivamente, la utilización. Tampoco requiere que quede herida la vida íntima o "peace of mind" - paz interior -. Puede tratarse de una persona que se pasea ella misma, lo hace con su retrato en las tribunas populares, pero que debe ser consultada si, una fábrica de cosméticos, desea hacerlo para su propaganda en esas mismas tribunas. La imagen puede que sea íntima, si nunca fue públicamente revelada, como puede que no lo sea sin dejar de importar un verdadero y propio derecho. No es adecuado confundirla con la honra y la intimidad, la ley no lo hace, y el intérprete debe ajustarse a esa amplia y autónoma orientación.

III - EL CONSENTIMIENTO

El artículo transcrito se refiere al "consentimiento expreso de la persona misma". En otras palabras, para poner en el comercio la imagen ajena, es necesario que el retratado consienta en ello) exteriorizando la declaración de su conformidad. Lo que significa que la manifestación debe ser verbal, escrita o por signos inequívocos (argumento del art. 917 del Cód. Civil). Queda descartada la expresión tácita de la voluntad, que es aquella que resulta de los actos por los que se pueda conocer con certidumbre su existencia, a falta de protesta o declaración contraria (conf. art. 918, Cód. cit.).

Esa estrictez es criticable. En muchas circunstancias, basta que la persona tácitamente conforme la exhibición u otros actos. Así, si posó como modelo por dinero, es lícita la fotografía o cuadro, llevando de suyo que también lo es la utilización para los fines propios de aquella obra. Parece razonable que el autor pueda reproducirla, exhibirla en el taller, atelier, concursos y galerías. Lo mismo si se presentó como extra en la filmación de una película, destinada a la proyección pública. En cambio,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

no lo sería que lanzara la imagen al comercio para propaganda de un producto industrial, porque el hecho de posar o de ser extra, no indica la existencia de la voluntad en tal sentido, salvo que el retratista o cameraman se dedicaran a la actividad publicitaria y comercial, y lo supieran la modelo o el extra. La ley italiana vigente (N° 633), no exige que el consentimiento deba ser expreso (art. 96), por más de que se recomienda suma cautela para admitir el tácito, por tratarse de una materia delicada(63)(2098). Tampoco la alemana de 1907, pues establece que "en casos dudosos, el consentimiento se supone, si la persona retratada percibía una recompensa por el permiso de retratarla" (art. 22). Mientras que, el estatuto de New York (124 N.Y.S. 780), 1903, exige que el consentimiento sea escrito, bajo pena de imputar culpabilidad delictual. Requisito formal éste que es excesivo.

Sorprende la omisión de nuestros legisladores, puesto que la fuente, casi copiada (decreto - ley italiano de 1925), habla del consentimiento "expreso o tácito"(64)(2099). Pienso, todavía que éste sería uno de los casos en que la ley debiera contemplar, como presunción, el valor del silencio (art. 920 Cód. Civil), pues si el retratado no protesta ante la fijación de la imagen y soporta en silencio la posterior difusión, no sería aceptable que, conociendo los hechos, habiéndolos vivido, se alzara mucho después de consumados, reclamando una reparación por el derecho violado.

Aunque la norma no lo diga, el que consiente debe tener capacidad. Es oportuno recordar que, tratándose de un derecho personalísimo, indisponible por principio y en forma total, radical, los actos que importen una disposición parcial tienen el carácter jurídico correspondiente y, además, una extensión limitada al objeto querido, pues no pueden implicar o interpretarse como la enajenación definitiva y general del bien, el cual, como todos los personalísimos, interiores, innatos, encarnados en la persona misma, no puede renunciarse o enajenarse de bulto, ad vitam, definitivamente, ni tampoco en forma general, sin límites de espacio y tiempo. De ahí que este asunto de la capacidad, debe considerarse regulado por las normas comunes. El sujeto mayor de edad puede consentir, mientras que el menor, necesita la autorización del representante. Este actúa, en puridad, como asistente. Pero, como se trata de un bien personalísimo, también lo es el consentimiento, la voluntad, de modo que el incapaz, muy a pesar de los deseos del padre o tutor, puede válidamente negarse. Hay algunas analogías con el consentimiento matrimonial en que los representantes de los incapaces, actúan solamente prestando la asistencia, y no haciendo las veces del representado. Por ello, si el sujeto padeciera una incapacidad absoluta, falta total de discernimiento, el representante no podría suplir su voluntad y prestarlo por él. Así, el caso del demente(65)(2100). Las palabras de la ley apoyan esa interpretación, desde que se requiere el consentimiento de la "persona misma", como facultad personalísima e intransferible.

En Italia, sucedió que una jovencita de 16 años posó con vestiduras ligeras e inconvenientes para difundir su imagen en tarjetas. El Tribunal

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de Milán afirmó que no necesitaba la autorización del padre, puesto que podía usar su propio cuerpo, pero, con razón, la Corte de Casación de Turín casó dicha sentencia sosteniendo que el contrato era nulo y el fabricante de tarjetas responsable de los perjuicios(66)(2101).

Entre nosotros, un bebé de 10 meses fue fotografiado a pedido de la madre por "Foto Cannone", especialista en niños. Una de las poses apareció como principal aviso comercial de jabón "Prado", en la revista Hijo Mío, números de abril y mayo de 1936. La demanda del padre, doctor Ricardo López de Gomara, por sí y en representación de su hija, no fue acogida con respecto a la indemnización de los daños, porque los materiales no fueron probados y los morales sólo se aceptaban cuando mediaba un delito criminal. En cambio, se ordenó el cese de la utilización del retrato, teniéndose por inutilizados los elementos de la reproducción. Dijo el doctor Barraquero, integrante del tribunal, que la reproducción sin consentimiento es ilícita, aunque haya sido entregada por el fotógrafo la foto a la revista, si aquél no está autorizado por el fotografiado; y que la ley se propone impedir, en estos asuntos inherentes a la personalidad, que la reproducción quede librada a las indiscreciones del público. El amparo se acuerda sin necesidad de registro y la indemnización se rige por las disposiciones de los delitos y cuasidelitos del Código Civil (art. 12, ley 11723), como se infiere del 31 cuando se refiere a la revocación del consentimiento(67)(2102).

Hoy, aceptada con amplitud la reparación del daño moral (art. 1078, Cód. Civil, ley 17711), la solución hubiera sido muy otra. Además, no se pensó en el lucro cesante que surge de las ganancias percibidas por otro y no por el único dueño de la imagen. La mención del art. 12 de la ley es errónea, puesto que no era caso de derechos de autor y, el 31, da la pauta de las bases a seguir: indemnización de los daños por la simple utilización que, de por sí, como bien afirmaba el camarista, es ilícita.

Cuando el consentimiento fue dado para un tipo de exposición, todo cambio viola el derecho. La eficacia de aquél debe estar contenida en los límites que ha establecido. Puede que la persona sólo quiera dejar un recuerdo al amigo, pero no la difusión de su retrato; o bien que haya consentido en determinado modo de difusión, así, al permitir al fotógrafo que lo exhiba en la vidriera o vitrina, lo que no lo autoriza a reproducirla en postales de cartulina(68)(2103). Se recuerda el caso de Orsiné, actor italiano que permitió que lo publicaran en una revista de cine y la empresa "Magnesia San Pellegrino" aprovechó el retrato para hacer propaganda del purgante. El tribunal acogió la demanda indemnizatoria(69)(2104). Ha dicho ese tribunal de Milán: la autorización a que se exponga el retrato, dada por un joven artista, no puede ser aprovechada por otro para publicidad comercial, en el caso propaganda de un calcificante. En parecidos términos se expidió el tribunal de Génova, en 1953, ante una autorización de publicación de la foto, pero que no contenía el consentimiento para hacer propaganda de la moto Vespa"(70)(2105). La actriz María Luisa Betti, en arte Isa Pola, también autorizó a exhibir su retrato al fotógrafo, pero no para adaptarlo a

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

aplicaciones publicitarias de índole comercial. El tribunal de Milán dijo que constituye negligencia culposa, emergente in re ipsa, correspondiente a la obligación de resarcir el daño, el hecho de que el fotógrafo concesionario no se hubiera asegurado el consentimiento de la artista. La objetividad de los gastos judiciales, devengados para obtener la cesación de dicho uso abusivo, constituyen una concreción del daño patrimonial derivado(71)(2106).

Cuando la persona interesada ha muerto, el consentimiento debe provenir del "cónyuge e hijos o descendientes directos de éstos, o en su defecto del padre o de la madre". El art. 33 regula la situación en la que varios deban consentir, como cuando se trata de más de un descendiente directo, o del cónyuge e hijos, cónyuge y nietos, y establece que si no pudieran ponerse de acuerdo, debe resolverlo la autoridad judicial. Por último, quien "haya dado el consentimiento puede revocarlo resarciendo daños y perjuicios" (art. 31, ley 11723). Esta norma muestra acabadamente la prevalecencia de la naturaleza personalísima del derecho sobre cualquier otra. De ahí que, muy a pesar del contrato, o del convenio bilateral, del consentimiento escrito, verbal o solemne, la persona siempre puede arrepentirse, revocar la autorización. La ley italiana vigente no reprodujo la disposición de la anterior de 1925, fuente de la nuestra, pero se ha sostenido la revocabilidad por considerarla acorde con los principios y corresponder a la esfera moral de la persona(72)(2107). Es innecesario invocar graves motivos, siquiera que se tengan que alegar, y, desde ya, inexigible la expresión y prueba de ellos. Basta que se reserven. Así surge del texto y de los principios que sustentan el derecho. Demuestra ello que la imagen no depende del honor, la intimidad, sino de sí misma, ya que se consiente y revoca el consentimiento sin necesidad de relacionarlo con algún otro bien como objetivo de la conducta.

La reparación De los perjuicios es una consecuencia justa de la revocación si ellos existieron. Mas, la ley abre aquí el camino a seguir sobre todo este tema, ya que no sería prudente ni armónico considerar que la revocación apareja el resarcimiento, pero no así la ilícita e inconsulta puesta en el comercio.

IV - IMÁGENES NO PROTEGIDAS

Varias excepciones permiten la libre publicación del retrato.

En primer lugar cuando, muerta la persona, no existen a la vez los parientes que enumera el art. 31. "Faltando, dice, el cónyuge, los hijos, el padre o la madre, o los descendientes directos de los hijos, la publicación es libre".

Además, si el retrato "se relaciona con fines científicos, didácticos y en general culturales", prevalece el interés general de la sociedad sobre la imagen. El derecho personalísimo encuentra sus límites frente a un bien superior colectivo, que puede necesitar de aquélla para cumplir los objetivos indicados por la norma. Pero, así como el derecho a la imagen,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

autónomo y esencial no es ilimitado, aunque absoluto por opuesto erga omnes, cuando tiene vigencia, ello no desguarnea algún otro bien de superior realce, como puede ser el honor. Se ha dicho, muy a pesar de aquellos fines, que debe considerarse ilícita la reproducción de una fotografía en traje de baño, aun tomada en un balneario, o sorprendiendo en pose ridícula o inconveniente. Por igual motivo si con fines científicos, verbigracia, en un libro de medicina se reproduce la imagen sin las precauciones indispensables para evitar la identificación del retrato(73)(2108). Creo exagerada la hipótesis del balneario, puesto que, si la persona se ha exhibido públicamente allí, no puede ver lesionado su decoro; lo mismo si la pose ridícula proviene de la necesidad científica que el retrato cubre. Por lo demás, suscribo las otras conclusiones, porque sobre la base de la conveniencia social o cultural, no deben verse impunemente atacadas la honestidad y reputación.

Con respecto a los fines culturales, se ha dicho que el arte no puede subsistir sin usar libremente el material humano(74)(2109), pero en la ley se contempla algo superior al mero sostenimiento del arte: el acervo cultural de un pueblo. De ahí que, so pretexto de realizar una pintura artística o un dibujo, no es permisible para cualquiera apropiarse y exhibir en los comercios la imagen ajena. Si, en cambio, esa obra realmente propende a formar la cultura general, ya sea por los títulos del autor, materiales empleados, cualidades de la obra y el tipo de exhibición puramente cultural, podría recién decirse que la publicación es libre. Se defiende la cultura, el verdadero cultivo de las ciencias y de las artes, o desarrollo intelectual, pero debe creerse que el desamparo del bien personalísimo viene influido por el pseudo arte o un autollamado artista que pretende lucrar o lanzar un cuadro al comercio publicitario. Tacto y prudencia para equilibrar los derechos en juego, porque es muy delicada y fina la materia que se manipula.

En Alemania, el art. 23 de la ley de 1907 también contempla en el apartado "C", a los retratos no hechos por encargo "en tanto que la exposición o difusión sirva un interés superior del arte". Esa expresión es más gráfica y precisa que la nuestra. Pero se agrega aún: "todo esto con salvedad del interés legítimo de la persona retratada o sus familiares sobrevivientes". En igual sentido, el art. 34 de la ley yugoslava, del 26 de diciembre de 1929.

Otra excepción del art. 31 se enlaza con los "hechos o acontecimientos de interés público". Al respecto, se ha considerado autorizada la reproducción de la fotografía del autor de un delito de acción pública, lo que puede facilitar su identificación y la búsqueda del delincuente; así, por ejemplo, el método del "identi - kit". La policía reconstruye sobre la base de aquél, su parecido, y a veces obtiene resultados asombrosos. Pero, no sería lícita dicha publicidad, cuando se trata de un delito de acción privada y, mucho menos, la de la víctima(75)(2110). Degni consideró que la excepción se apoya en el interés de la seguridad pública o de identificación de personas, como delincuentes, prostitutas, vagabundos(76)(2111). Más concreta y determinada es la ley italiana de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

1941, que se refiere a las "necesidades de justicia y policía" (art. 97). También, la alemana: "para los efectos de la justicia o seguridad públicas las autoridades podrán reproducir, difundir y exponer retratos públicamente, sin consentimiento, de la persona retratada o su familia". La referencia expresa a "las autoridades" es acertada porque, de esa manera se evita que los particulares quieran alzarse en voceros de la seguridad pública, o de los intereses públicos.

No obstante, conviene limitar ese ámbito de libertad. Debe hacerse una prueba prudente valoración de las necesidades que la norma quiere cubrir. Se ha dicho con razón que abarca los fines previstos la exposición del retrato de un evadido de la cárcel o del manicomio, o de un desaparecido de su casa, para facilitar el reintegro. Pero, no cumpliría tales fines publicar el retrato de un arrestado o condenado, para avivar en la gente el interés de la más o menos fantástica relación del cronista judicial, alargando el desdoro del condenado, agravando con la divulgación del rostro la pena impuesta por el magistrado, que es la única legítima(77)(2112).

Una excepción, que puede provocar interrogantes, se regula en el último párrafo del art. 31 de la ley 11723. Establece también la libertad cuando se trata de hechos o acontecimientos "que se hubieran realizado en público". Fórmula que comprende a los tumultos, inauguraciones de monumentos, desfiles militares, cortejos fúnebres de hombres célebres, ceremonias oficiales y solemnes incendios, manifestaciones colectivas, desastres en general, etc. Más acertada es la ley italiana de 1941: reproducción ligada a hechos, acontecimientos, ceremonias de interés público o desenvueltas en público. O, la alemana, (art. 23 B): dibujos y noticias gráficas de asambleas, procesiones y reuniones similares, que las personas retratadas presenciaban".

Cuando hay un gran número de personas en un lugar público, siempre que medie un hecho o acontecimientos de los indicados, la nota gráfica, el noticioso y la difusión de rasgos o actitudes no necesitan del consentimiento. Recalco aquello de "hechos y acontecimientos, porque el retrato en una plaza de la ciudad cuando ellos no se han producido, y pese a que esté muy concurrida, por ejemplo un domingo, no podría verse amparado por la ley. En casos así la reunión de la gente es puramente casual, no provocada por alguna circunstancia de interés general. Por eso he dicho que las leyes italiana y alemana tienen una fórmula de más fácil manejo y más clara orientación.

Si, por ejemplo en un desfile tomado cinematográficamente los espectadores sólo tienen un papel secundario. Pero si el cameraman aprovecha el momento para fotografiar con insistencia a alguien, ya en actitudes grotescas o poniendo énfasis en la representación individual, podría considerarse violada la respetabilidad, en el primer supuesto, y la imagen en el segundo. El retratado, aun aplicando el art. 31 podría quejarse, pues se produjo una ridiculización inaceptable so pretexto del tumulto, o una individualización que le quita a la escena el carácter de pública, o de desarrollada en público. Con la televisión frecuentemente

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ocurren estas situaciones, ya sea al enfocarse estadios, manifestaciones callejeras o reuniones en el interior del propio canal. Así, sin quererlo, los participantes que fueron invitados a presenciar el programa pueden verse difundidos en particular y, aún, colocados en actitudes risibles; en veces, inclusive, llegaron con engaño y convencidos de que otra era la calidad del programa, el cual está en manos técnicas y avezadas que consiguen la nota cómica aprovechando reacciones, gestos, o hasta la misma inocencia y sorpresa.

En cambio, si en la toma no hay esa resaltada individualización, no puede caracterizarse nítidamente la exhibición de la imagen individual, puesto que sólo se trata de una nota pública. Cuando el art. 31 se refiere al consentimiento, usa la frase "de la persona misma"; de modo que, al ser la escena de un acontecimiento público, es innecesario argumentar para acordarle validez como lo hace Satanowsky, para quien los participantes han consentido tácitamente. Ello no ha ocurrido ni, en realidad, hay verdadera reproducción de una imagen independiente; es sólo el conjunto, o la nota derivada de él, unida y desarrollada en él lo fotografiado.

En Italia, el tribunal de Milán, el 2 de abril de 1954, resolvió un pleito interesante. Una muchacha participó en un concurso público de mecanografía y fue fotografiada durante el acto y en las circunstancias de tal participación. Así se publicó la fotografía, pero, después se la reprodujo eliminando todo lo que se refería al concurso mencionado. Recalcó el citado Tribunal: "La reproducción de la imagen de una persona puede publicarse aun sin consentimiento de ésta, a condición de que en la publicación no falte la referencia a su notoriedad, al cargo público que ocupe, a las necesidades de justicia o de policía, a la finalidad científica o cultural, o a hechos, acontecimientos o ceremonias de interés público o realizados en público"(78)(2113). Vale decir, que no basta que se pueda alegar la excepción de la ley, sino que esa publicación, en ella misma deben darse los puntos de referencia a aquella excepción. Como afirmo el anotador de la sentencia, De Cupis, en la segunda del caso la muchacha no forma parte de un acontecimiento de interés público; reproduce, por el contrario, su estricta individualidad. Esta segunda publicación es ilícita. Con mayor razón si se incluye en ella una composición literaria de dudoso gusto, añadiéndole un comentario irrespetuoso, por lo que se agrega la ofensa al bien del honor. "No sólo la imagen de la persona ha sido sustraída del acontecimiento público, que es el marco adecuado a los efectos de la publicidad, sino que ha sido arrancada de tal marco - hecho real - y sustituido por otro - hecho irreal - creado por la fantasía sin escrúpulos de los autores de la publicación"(79)(2114).

Ese mismo autor, tomando un ejemplo de Messina, llega a la clara conclusión (le que no solo el acontecimiento debe estar incluido, lo omitido en la publicación, sino que ésta debe respetar la histórica realidad. Debe estar dirigida a un fin general de exacto conocimiento en su plena realidad. En vez, si el hecho es presentado de modo de ocultar

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

o alterar aquella realidad, se pone fuera de la crónica, no persigue el fin que la ley contempla para admitir la limitación al derecho a la imagen. Así, por ejemplo si un match de box se reproduce sin indicación de los datos que determinan y acompañan a la realidad histórica, sino como elemento de creación fantástica del autor del film, persiguiendo, en vez de una pública utilidad, o fin informativo, una utilidad meramente privada (como sería la propaganda industrial), no hay razón para sacrificar el derecho a la imagen del boxeador que participó en el match(80)(2115). Entre nosotros, puede recordarse el juicio "Iribarren c. Sáenz Briones, S.R.L.", en el cual resultó que la fotografía de un partido de basket - ball publicada en la revista El Gráfico fue reproducida en Ahora, pero sin el fin natural encuadrado en la frase "acontecimiento desarrollado en público", sino para propaganda. El camarista doctor Barraquero, aparte de señalar que se había contrariado el respeto debido a la persona fotografiada, hizo hincapié en la necesidad del consentimiento expreso. De ahí la responsabilidad civil(81)(2116).

No debe creerse, como ya he adelantado al pensar en el ejemplo de la gente reunida casualmente en una plaza, que cualquier hecho desenvuelto en público es suficiente. Importa el de notable interés. Algunos desarrollados colectivamente (pasajeros de un tren, mucha gente que sale y entra de los negocios, que transita por una calle céntrica, miran una vidriera o compran mercaderías en un supermarket, etc.), no están comprendidos en la excepción que permite la libre publicidad de la imagen. El contacto con la sociedad es una exigencia de la vida misma de la persona) de cualquier persona luego no puede convertirse por sí en pretexto para desproteger el derecho personalísimo. Si no hay un verdadero acontecimiento peculiar y que represente un interés informativo serio, importante y útil para la sociedad, debe mantenerse enhiesto el bien individual, pues, caso contrario y con diversos motivos simulados o aparentes, se vería fácilmente violado. Los hechos cotidianos que se ejecutan normalmente, como exigencia propia de la vida en comunidad, quedan al margen de la excusa legal.

La ley no contempla expresamente la publicación de retratos de personas célebres, o de aquellas que ocupan una función pública o pertenecen a la historia contemporánea. La italiana, se refiere a las que tienen notoriedad y desempeñan un oficio público (art. 97), mientras que la alemana y la yugoslava, a las de la historia contemporánea "personen aus der Zetgeschichte"). La última, agrega a los cuadros que representan personas como detalle de un paisaje o de un escenario.

No obstante, es posible contemplar esos supuestos a través de lo que comprende la frase: "hechos o acontecimientos de interés público". Se hace, no hay duda, más vaga y abstracta la aplicación, y, por lo mismo, el intérprete no debe ampliarla hasta llegar al peligro de menoscabo de la imagen personal. El pueblo puede tener interés en el retrato de personas célebres o notorias por su acción, heroísmo, pertenencia a las altas esferas gubernativas, notabilidad artística, científica, deportiva, política o económica, etc. Son los ídolos. Aun, no sólo esa notoriedad

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

proviene de la fortuna o el mérito, sino también como consecuencia de la desgracia, un destino anormal, un delito. ¿Hasta qué límite es posible satisfacer la curiosidad?, ¿cuáles son las fronteras de un interés público bien entendido?

Podría buscarse un principio general. Tal sería aquel que dice que la publicidad, es legítima frente a todo lo que rodea la pública fama del personaje, como interés relevante que la ley protege por sobre la imagen. Fuera de él, parece que la reproducción entra en un campo vedado, porque el avance sobre lo puramente privado y personal no se escudaría en un pleno y verdadero interés público. Sin embargo, en ocasiones, muchos aspectos ajenos a la propia fama o función, que no interfieren mayormente el derecho a la imagen u otros personalísimos, como la intimidad y el honor, podrían verse elevados a una urgencia de contentar la curiosidad popular sobre sus ídolos. Se convierte casi en un anhelo de idolatría inocente, legítimo si cabe.

No desarrollaré las premisas, expuestas de un modo un poco enfático y general. Me contentaré con relatar algunas soluciones jurisprudenciales nuestras y extranjeras.

E. Meigner, luego de señalar que en Francia no existe una ley sobre exposición y venta de fotografías, recuerda el caso de Cecile Sorel, fallado en 1917, en el que un artista que se exhibe en público y busca la notoriedad, no puede encontrar más que se difunda su imagen, pero tiene derecho a exigir que lo sea en forma conveniente. La 2º Cámara Civil de Oberlandesgericht de Dusseldorf, Alemania, dijo, el 3 de febrero de 1943: si se utiliza por una casa de comercio para fines publicitarios, la imagen de un actor de cine tomada de un film, y a pesar de que no hubo culpa o negligencia, debe retribuirse al actor en virtud del enriquecimiento sin causa(82)(2117).

En este último país, en 1927 - 1928, se debatió judicialmente un caso de gran repercusión. El teatro "Piscator" representaba en Berlín una pieza dramática sobre "Rasputín", en la que aparecían los emperadores de Rusia, Austria y Alemania, con un monólogo cada uno. Guillermo II, que vivía en Holanda, reclamó el cese de la representación. "Piscator" alegó que, aparte de no tratarse de un retrato fotográfico, los personajes correspondían al dominio de la historia contemporánea (art. 23 de la ley alemana). El tribunal y la Corte hicieron lugar a la demanda. Primero porque la imitación del actor era tan acertada que, jurídicamente, debía ser tratada como la exposición del retrato; era una "imagen viva". Además, si bien el emperador pertenecía a la historia contemporánea, no estaba obligado a soportarla cuando por, circunstancias especiales, se originaba una lesión a sus intereses(83)(2118). En otro caso, el conde Zeppelin dio permiso a una casa para emplear su nombre y retrato en la propaganda de artículos de tabaco. Cuando se solicitó la inscripción, informó el Patentamt que, doce meses antes, otra fábrica de cigarrillos había registrado sendas marcas con ese nombre y retrato, y no se había exigido el consentimiento del titular. La demanda de Zeppelin pidiendo el cese del uso y la extinción de la marca, tuvo pleno éxito. La Corte negó

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

que el art. 23 favoreciera a la fábrica registradora(84)(2119). Es interesante, también, el juicio del famoso jugador Tull Harder. La fábrica de cigarrillos Josetti G.M.B.H. de Berlín, imprimió atados con estampas de personas célebres, en las que había una serie para futbolistas, donde apareció el actor con la leyenda: "Tull Harder" Quién no lo conoce a Harder Tull? Uno de los más populares jugadores alemanes. Hasta fuera de la patria, el Tull, lleno de humor es un convidado siempre bienvenido...", etc. La demanda que se apoyaba en el caso Zeppelin, no fue acogida, porque el tribunal consideró que eran distintos, ya que, Zeppelin había autorizado a otro contratante, mientras que Josetti difundió el retrato de Harder discretamente, y era aplicable el art. 23 sobre personas de la historia contemporánea(85)(2120).

La sociedad de Milán, Rotalfoto, puso en el comercio una tarjeta postal con la fotografía de la conocida cantante Nila Pizzi, sin requerir su autorización. La Cámara de Milán, si bien aceptó que la cantante tenía notoriedad y la postal no podía causarle perjuicio al honor, observó que dicha notoriedad no derogaba el principio general, porque no había una directa relación con el ambiente en el cual, la persona retratada, desarrolla su actividad. Ello hubiera ocurrido si se la hubiera retratado en el escenario del teatro donde cantaba, único caso en que el interés público podía autorizar la reproducción de la imagen. La Corte de Casación, en 1964, revocó esa sentencia porque la hipótesis de la ley, que se refiere a la notoriedad (art. 97, ley 633, de 1941), no exige otro requisito más que la notoriedad, reconociendo el deseo del público de conocer la imagen de las personas célebres(86)(2121).

La actriz española Maruja Sánchez de Segura fue elegida en Barcelona "Miss Teatro 1936", por decisión popular. Su fotografía apareció entre nosotros en 1937, en la revista Ahora N° 209, con el título "América", y al pie de la página, donde la retratada sostenía entre los dedos un cigarrillo humeante, la leyenda: "un nuevo placer para la dama porteña". La casa Piccardo y Cía., S.A., había comprado la figura a Foreign Press Service, empresa que representaba a Schostal Agencia. La fotografiada demandó el cese y los daños y perjuicios. El juez, doctor Manuel C. Olmos, dijo, en primer lugar, que la posesión de la foto con buena fe no autoriza a reproducir y publicar la imagen sin consentimiento con fines mercantiles y menoscabo de la personalidad. Rechazó la demanda por indemnización porque no estaban probados los daños materiales, y, el moral, sólo correspondía frente a un delito criminal. Como la actriz necesitaba accionar para obtener el restablecimiento de su derecho, se la eximió de costas. El doctor Tobal que llevó la palabra en el tribunal de alzada (Civil 1° Cap.), confirmó aquello de la ausencia de elementos para apreciar los perjuicios, pero consideró que la publicación beneficiaba a la estrella, porque la hacía conocer en el país; dijo que la propaganda apoya los medios para que el público se connaturalice con los artistas cinematográficos, viéndolos en persona. Con mayor razón si la actitud no era impropia, incorrecta y ridícula(87)(2122).

Los errores del fallo quedaron comentados por su anotador, E.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Mendilaharzu. También los puso ampliamente de manifiesto una sentencia más reciente, del 24 de febrero de 1966. Una actriz de nuestro medio, Tilda Thamar, radicada en Francia, fue retratada en revistas, sin autorización, para propaganda del perfume "Avant la fête". En otras oportunidades con firmas francesas, había consentido para que se usara su imagen con fines publicitarios del comercio, ya sea por una suma de dinero, ya recibiendo regalos o aceptando descuentos especiales para sus compras. Es digno de destacar el erudito estudio del juez de primera instancia, doctor José Julián Carneiro. Además de acopiar, interesantes comentarios de doctrina y antecedentes extranjeros y del país, dijo que no es "menester exigir una prueba excesivamente ajustada", como en el fallo relacionado de la Cámara Civil la, "pues los daños fluyen naturalmente de la invasión del derecho". El magistrado debe fijar el importe de los perjuicios, aunque no esté Justificado el monto. "Desde el momento que existe potencialmente posibilidad frustrada de obtener beneficio, cabe la reparación". También, en contra del criterio de Tobal consideró Carneiro que la difusión comercial no beneficia al artista, pues se le priva "de obtener frutos lícitos de su derecho". Una cosa es la publicidad con fines artísticos en diarios o revistas y otra en avisos de propaganda, "pues muy poca fama proporcionan" Citó el caso de Gina Lollobrigida, cuya demanda fue acogida por el Tribunal de Turín y el de Fred Astaire, que sentenció el de Nueva York. Finalmente, condenó a los responsables cuya "violación se produce por la publicación sin consentimiento de la imagen en un aviso", ya que, "ningún otro requisito exige la ley", a pagar \$ 50.000, con intereses. Rechazó, sin embargo, con argumentos que no comparto, el daño moral. Ahora habría que replantear el problema (ley 17711).

La Sala A de la Cámara Nacional en lo Civil confirmó la sentencia elevando la condena a la suma de \$ 75.000. El doctor Rodolfo de Abelleira dijo interesantes y contundentes cosas, como éstas: aun en el caso de admitirse que "un uso general" permite la utilización de fotografías, esa compartida voluntad, violatoria de la ley, no puede ir en perjuicio de quien no está de acuerdo con tan desaprensiva actitud y se limita a invocar el derecho que el art. 31 de la ley 11723 le reconoce. "Ni aun creo que fuera necesario - decía oportunamente el magistrado - que la ley reconociera expresamente ese derecho, para que prosperase una demanda como la que se examina, pues, al menos desde que se abolió la esclavitud, nadie está obligado a colaborar, sin su consentimiento, en la actividad de un tercero, sin perjuicio, claro está, de las lógicas limitaciones que impone el bien común(88)(2123).

Por fin, pienso, ha entrado la recta razón en todo este asunto. Ese fallo impecable desde diversos ángulos, ha de erigirse como un "leading case", a partir del cual, nuestra jurisprudencia podrá tomar un rumbo netamente perfilado en la protección de la imagen. Casi todas las razones se dirigen a esa tutela desnudada; quiero decir, de la imagen por la Imagen, y no vestida con las ropas del honor o de la intimidad. El juez Carneiro, al citar opiniones, parece confundir un poco los planos, pero si

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

bien se analizan las transcripciones parciales aquí hechas, se deja ver una perfecta puntería hacia el derecho autónomo de la imagen. El caso lo ponía de resalto, puesto que si la reproducción no era deshonrosa, ni mostraba algo de la privacidad de la artista, sino simplemente su figura ya difundida por su propio rol social, y aun, en otras latitudes, para los mismos fines publicitarios, no era la vida secreta o privada lo lesionado, sino simplemente el derecho de decidir el destino y uso de la imagen propia; la autonomía de la voluntad sobre un destacado y diferente bien personalísimo. Iguales argumentos podrían darse para los casos Sánchez de Segura y conde Zeppelin. En ninguno de ellos podía funcionar la excepción, pues, a pesar de la celebridad, no había un verdadero y legítimo fin de interés público, sino un particular anhelo propagandístico.

Por último, para terminar con las excepciones legales, debo referirme al art. 35 de la ley 11723. Establece una limitación al derecho que no existía en el modelo italiano de 1925. El consentimiento, exigido por el art. 31 "no es necesario después de transcurridos veinte años de la muerte de la persona retratada". O sea que, cubierto el lapso, la publicación es libre y los parientes no podrían oponerse. La ley alemana establece el de diez años (art. 22). Creo que es prudente la previsión legal(89)(2124). Pero, debe señalarse que únicamente se refiere a la imagen, de modo que, si además, se hiere el honor, los parientes tendrían un legítimo interés en defender la memoria del muerto y demandar el cese o la abstención del ataque.

CAPÍTULO III: EL DERECHO A LA INTIMIDAD

1°) PLANTEAMIENTO Y CONCEPTO

La persona desarrolla la vida en varios planos. Uno de ellos, y que le es muy caro, se proyecta sobre aquellos aspectos que desea ocultar a los demás y que no importan otra cosa que el reducto intransferible de la soledad. En la soledad el hombre se agranda, interioriza, alimenta el vuelo del espíritu; conserva el impulso de las fuerzas interiores; y también, se achica, toca lo bajo y palpa la sima de la propia miseria. En la soledad se comunica con lo sobrenatural; cultiva la inteligencia y el talento; el genio desborda en el campo propio de su expansión; el amor puede manifestarse con plenitud; los afectos entrañables crecen y florecen, se llora y se sufre. Es la soledad entendida en una doble faz, como aislamiento total, una reconcentración meditada o sólo sentida, y como alejamiento del mundo. Masivo y pobre ser aquel que, en alguna medida, no la busca ni la goza. Soledad que, en un plano no absoluto, puede importar simplemente la esfera de las reservas personales; el reducto individual. En pocas palabras, intimidad radical o en el pequeño círculo de los allegados.

El ser espiritual del hombre no puede prescindir de dicha soledad. La necesita desde que también requiere poder expandirse, doblegarse

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

sobre sí y profundizarse. Quiero decir que, un aspecto constitutivo de ese ser espiritual es la soledad radical y la reservada al cerrado ambiente de lo propio y familiar. No podrían existir los productos del espíritu si solamente fuera posible vivir la vida hacia afuera, con una inevitable exteriorización mundana; sin el reducto interior, la comunicación secreta; el contacto misterioso con objetos y personas determinadas. En otras palabras, si fuera imposible algún misterio del yo para el público en general, alguna privacidad. El ser humano dejaría de serlo como es si se viera, en todas sus proyecciones, doblegado por la publicidad, por el conocimiento invasor y masivo.

Esa soledad, por lo tanto, es una manifestación propia del hombre, de la persona. Como tal, uno de los derechos personalísimos innato, esencial, inherente, privado, absoluto e interior.

De Cupis la define como aquel modo de ser de la persona, el cual consiste en la exclusión del conocimiento de otros de cuanto tiene referencia con la persona misma. El individuo nace munido de la riservatezza, sustraído a la publicidad; encerrado y custodiado en el propio riserbo, bien que puede ser más o menos mantenido, más o menos sacrificado, pero ello no quita que su originaria adquisición no sea del todo eventual. Y si el sustantivo "reserva" en el lenguaje ordinario indica prevalentemente un sentimiento, una disposición del ánimo como quería Carnelutti, el jurídico ahora le atribuye el más pleno significado de un modo de ser que se contrapone a la publicidad(90)(2125).

Díaz Molina, después de transcribir diversas definiciones de la doctrina y Jurisprudencia norteamericana ensaya la propia en estos términos: es el "derecho personal que compete a toda persona de sensibilidad ordinaria, de no permitir que los aspectos privados de su vida, de su persona, de su conducta y de sus empresas, sean llevados al comentario público o con fines comerciales, cuando no exista un legítimo interés por parte del Estado o de la sociedad"(91)(2126).

Me atrevo a decir, corrigiendo lo que creo que no es acertado en aquellos conceptos, que el derecho a la intimidad "es el derecho personalísimo que permite sustraer a la persona de la publicidad y que está limitado por las necesidades sociales y los intereses públicos". Me explico: al decir derecho personalísimo queda involucrado todo lo que este concepto denota por sí, y ha sido expuesto en la "teoría general", en especial el capítulo sobre sus caracteres (innato, inherente, interior, privado, extrapatrimonial, absoluto, en principio indisponible, autónomo); tomo la palabra "intimidad" como sinónimo de vida privada, de soledad total o en compañía, según quise hacer comprender líneas antes. Ello porque también lo privado importa, en la lengua castellana, "interior", "íntimo", "personal"; evito hablar del "conocimiento de los otros", porque ese no es el "quid" del ataque, sino la publicidad que, claro está, se dirige a poner en conocimiento a los demás, aunque a veces no logra su objetivo sin dejar de ser un ataque al derecho. Cualquiera puede tomar conocimiento de algo absolutamente mío, aun por motivos casuales, sin violar la intimidad. La violaría sí, si lo publicara o anunciara, o sea, si lo difundiera

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

por algún medio; también evito la frase "comentario público o fines comerciales" porque el ataque muchas veces no suscita el comentario ni se realiza con tales fines, y es ataque, y es violación del derecho. Lo más exacto, entonces, es que lo privado se sustraiga a la publicidad, a los anuncios, a lo notorio, a lo público; todo derecho personal compete a la persona, no me parece ajustado hacer categorías poniendo como cartabón la de sensibilidad ordinaria. Podrá haber una más o menos exquisita intimidad, pero a nadie puede negarse, aun al más insensible; los únicos límites admisibles se basan en las necesidades sociales e intereses públicos. El Estado, cuando actúa como persona jurídica privada, no podría alegar un interés legítimo.

Naturalmente que la sociedad de la máquina y de la técnica, pone al desnudo la urgencia de velar por el bien de la reserva individual. El país que hoy está en la primera avanzada sobre tales módulos de vida, lo ha comprendido y elabora plenamente el "right of privacy". Ello se está extendiendo mundialmente a partir de la declaración de Bogotá, que se refirió a la vida privada y familiar (art. 5°), y de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (art. 12). En las legislaciones hispanoamericanas no ha arraigado todavía. Es un apremio del tiempo, que no puede ni debe soslayarse. La bella proclama de nuestra Constitución Nacional: "las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados", pide una pronta reglamentación de derecho privado(92)(2127).

2°) EXTENSIÓN Y CONTENIDO

Es muy cierto que la ley positiva no legisla abiertamente el derecho a la intimidad. Pero nada impide buscar las normas que permitan una estricta construcción jurídica analógica, sobre la base del art. 16 del Cód. Civil, que haga posible, aunque de una manera un poco ambigua, aquel postulado del art. 19 de nuestra Constitución Nacional. Nada impide tampoco la sana inquietud que, por fin, plasme en normas vigentes expresas y clarificadoras del contenido y de la estructura.

Así, he tratado a la imagen como bien que se tutela con un derecho autónomo, o sea, diferenciado del honor y de la intimidad misma. Ello no descarta el ataque a dicha imagen como vehículo que a su vez hiere la intimidad. Y esto es frecuente. De modo que, si la ley 11723 estructura la protección de la imagen retratada, elevando ese bien a la categoría de derecho subjetivo, es posible elevar analógicamente a ese otro bien violado, aplicarle las defensas legales en aquellos supuestos en que ambos coinciden, y aun, en los que sólo la intimidad está lesionada, cuando sea propio y necesario. Igual argumento posibilita el honor, y la aplicación analógica de las normas tutelares. De lo que se deduce que el amparo privado del derecho civil, puede extenderse a la intimidad en los casos en que ésta prevalece o solamente comparece a la par, y aun se

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

independiza en algún aspecto privativo.

Ahora bien, diré cuáles son las manifestaciones típicas del derecho a la intimidad, y cuáles los ataques o violaciones de ellas.

En primer lugar, las conductas, situaciones, circunstancias estrictamente personales, ajenas a una publicidad no querida. Es simplemente, la posibilidad de intimar, cuyos ataques pueden ser las injerencias en la vida independiente y propia, del hogar y de la familia; ser copiado, atisbado, observado y acosado. Ello comprende: las declaraciones penosas, falsas o fuera de propósito acerca de la persona; las importunidades de la prensa u otros medios de comunicación de masas; la revelación pública de asuntos privados, como experiencias, luchas, pasiones personales, sentimientos y pensamientos individuales vicisitudes y desgracias, accidentes y defectos físicos; el hostigamiento de la persona, como observarla indiscretamente, acosarla a preguntas, exponerla a llamados telefónicos molestos.

En segundo lugar, todo lo que se refiere estrictamente al secreto. Abarca las violaciones de la correspondencia; los abusos de medios de comunicación, escritos u orales; las interceptaciones electrónicas, telegráficas y telefónicas; la revelación de informaciones dadas o recibidas en virtud del secreto profesional; el empleo de métodos que revelan el subconsciente y desmidan el alma, así el hipnotismo, el narcoanálisis o detector de mentiras, los medios de sugestión, las drogas que hipersensibilizan, la grafología o el sometimiento a tests psicológicos sorprendidos.

En tercer lugar, la entrada subrepticia en recintos privados y la violación de domicilio.

En cuarto, lo que toca a la imagen, mientras con ella se ataca a la vida privada. Así, la publicación de ciertas fotografías íntimas; la filmación y proyección fílmica de escenas de la vida de hogar o en general del ámbito privado; la inconsulta toma de televisión en aquella esfera familiar y personal.

3°) CONDUCTAS, VICISITUDES, SITUACIONES Y CIRCUNSTANCIAS

Entre los ejemplos se recuerdan dos casos ocurridos en Estados Unidos. En uno, "Douglas v. Stokes", que resolvió la Corte de Apelaciones de Kentucky, el padre de mellizos siameses, luego de su muerte, encargó la toma de fotografías de los cuerpos desnudos indicando al fotógrafo que le hiciera doce copias. Aquél hizo más y obtuvo el derecho de autor en la oficina correspondiente. El padre demandó los daños y perjuicios causados por la humillación y el ataque a sus sentimientos y sensibilidad. El tribunal acogió la demanda en resguardo de los más tiernos afectos del padre y porque las injurias incorporales pueden causar mucho más sufrimiento que las físicas. Quien ha tomado posesión ilegalmente del cuerpo desnudo del hijo muerto y lo expuso a la vista del público para ganar dinero, ha ocasionado un daño indemnizable. Pienso que ese caso y esa sentencia son ajenos a la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

transmisión hereditaria, porque el daño recayó directamente sobre la persona del padre quien vio violada la esfera afectiva propia, de su familia, recuerdos y memorias íntimas. Se expuso una vicisitud de su vida personal a la consideración y conocimiento público, como si se tuviera derecho de aprovecharse de aquellas desgraciadas circunstancias, que vinieron a causarle hondos sufrimientos en el sentimiento de su paternidad. Sufrimientos exclusivos, privados y que no deben ser directa o indirectamente motivo de explotación ajena.

El otro, similar, "Bazemore et al. v. Savannah Hospital et al.", resuelto en 1930 por la Corte de Casación de Georgia, se refirió a las fotografías del cadáver del hijo que nació con el corazón fuera del cuerpo(93)(2128).

Hay juicios en que se ha herido la persona misma del reclamo en algo que indudablemente es parte de su personalidad humana y que, sin ser un secreto, se desea esconder o mantener en reserva. Se recuerdan tres casos, también fallados favorablemente por la jurisprudencia norteamericana: 1) una compañía de seguros publicó en la prensa la fotografía de dos personas, una de aspecto saludable al lado de otra enferma y endeble, indicando que la primera tenía intereses en la compañía, la otra no; 2) el dueño de un garaje anunció en un cartel de su vidriera que un cliente le adeudaba cierta suma. Este deudor demandó por el hecho con pleno éxito; 3) un médico se hizo acompañar por una persona no profesional para asistir a un parto. El tribunal consideró quebrantada la intimidad y responsabilizó a ambos(94)(2129).

En esos antecedentes se ve que no ha llegado a atacarse, desde el punto de vista penal, el honor, pero sí la persona en la intimidad, o por virtud de circunstancias que no tienen por qué pertenecer al público. Es importante la defensa privada del derecho civil, porque en su ámbito ya no tiene fuerza exculpatoria la exceptio veritatis, es decir, la prueba de la verdad de los hechos, como la tiene en casos de delitos contra el honor. La verdad de esas situaciones publicitadas no está negada por los lesionados, pero ello no permite, por sí, manejarlas a piacere, como si no fueran propias, privadas e inexploradas. Decían Warren y Brandeis que esta rama del derecho no se preocupa por la verdad o falsedad. Se recuerda el caso acogido por el Tribunal de Massachusetts en 1934, "Lyman v. New England Newspaper Pub. Co.", en el cual el diario demandado dijo que la pareja que formaban los actores no eran felices en sus relaciones conyugales. Si la sugestión indiscreta se hubiera tomado como injuria, la exceptio veritatis hubiera sido una importante defensa, pero, aunque así fuera, constituyó una violación a la vida privada(95)(2130).

Los Tribunales de Connecticut, sobre la base de una ley del Estado de 1879, que pena el uso de drogas, medicamentos o instrumentos empleados para impedir la concepción, condenaron al presidente de una Liga y al director de una Clínica por haber dado consejos a un matrimonio acerca del uso de anticonceptivos. La Suprema Corte de los Estados Unidos revocó el fallo, declarando que la ley violaba la vida privada marital, derecho que surge de la Constitución y sus enmiendas.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

El matrimonio es una conjunción para lo mejor o para lo peor, se dijo allí, "fundamentalmente perenne e íntima, hasta el extremo de ser resguardada"(96)(2131).

Si se copian hábitos personales para la difusión, de aquellos que tengan gran originalidad o que solamente sean privados, y se molesta de alguna manera con comentarios más o menos irónicos, se ataca el derecho de vivir esos hábitos en intimidad; a no ser acosado por las cosas reservadas. Lo mismo ocurre cuando se crean personajes similares a los reales y se publicitan de esa manera, cinematográficamente o por la televisión aspectos de la soledad, destinados a permanecer ocultos. De nada valen las frases introductorias para advertir que se trata de personajes, escenas o incidentes imaginarios, y que es casual o involuntario cualquier parecido con entes, personas vivas o desaparecidas. Todo dependerá del daño y las circunstancias del caso(97)(2132). Aquella disculpa se acerca a una invocación de irresponsabilidad, pero unilateralmente e injustificada, como las famosas cláusulas contractuales en lo laboral o en el transporte, la cual no puede borrar la verdadera intención y el daño personalísimo derivado(98)(2133). Aquello de la copia, la molestia, la persecución a la pesca de costumbres y hábitos, o la observación indiscreta, hace recordar el llamado "Peeping Tom" norteamericano, como el "fisgoneo" que, un Tribunal, en 1939, identificó con la persona que espía o atisba por las ventanas para invadir la vida privada (caso "Mc. Daniel v. Atlanta Coca Cola Bothling Co.", citado por Díaz Molina). Y a la par de todo ello están las interceptaciones telefónicas, o las interferencias que han llegado a hacer pensar que, intervenir un teléfono privado, causa tanto daño como la publicación por la prensa. O bien, se protege el derecho a no ser turbado con el timbre de calle por vendedores ambulantes (casos "Rhodes v. Graham et al.", de 1931, y "Breard v. Alexandria", de 1951, también comentados por Díaz Molina).

Con respecto a las importunidades de la prensa, la radio y otros medios informativos, la materia se torna más delicada. La protección del derecho a la intimidad y al del honor por medio de normas del derecho civil, no agrada al llamado cuarto poder. En Alemania, la prensa atacó los textos del Proyecto de 1958, por considerarlos violatorios de la libertad y expresión del pensamiento. Se llegó a negar, en importantes diarios, la publicación de las explicaciones dadas sobre ese Proyecto por el Ministerio del ramo(99)(2134). Tan es así, que la citada Conferencia de Juristas Nórdicos, reunida en Estocolmo, en 1966, consideró, que el tema se encuentra lleno de problemas y debe buscarse un equilibrio combinando los métodos de autodisciplina, reglas de conducta, creación de tribunales disciplinarios y legislación adecuada. No debe frenarse la libertad de prensa y medios de comunicación, con leyes especiales que protejan la intimidad, a menos que haya evidencia del fracaso de aquella disciplina autoimpuesta y dictada por las organizaciones profesionales. Pero ello no importa excluirlos de los efectos de la legislación general que protege el derecho a la intimidad, incluidas aquellas disposiciones

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

aplicables a los métodos impropios de obtener información. (Conclusión 10) .

Acerca de ese último aspecto, fue importante el juicio "Lea v. Justice of the Peace", de Londres, 1945. A pesar de que la prominente familia de la novia anunció que el casamiento sería privado, sin fotografías ni publicidad, un periodista del Daily Mirror entró en la residencia llevando oculta la cámara fotográfica y tomó una fotografía en contra de los deseos del novio. Este lo golpeó y estropeó dicha cámara. La actuación del periodista, dijo el Tribunal, "no reconocía nada semejante a que la vida privada puede ser sagrada aun para la prensa ilustrada"(100)(2135). Es oportuno recordar la claridad y valentía con que se expresó Grossen, señalando que había una industria del escándalo y que la invocación de la libertad no considera la verdadera función y sus límites. Dijo también que otra excusa para ese libertinaje, es la debilidad y el gusto del público, "gusto que ellos - los responsables - han formado, que ellos cultivan y que ellos explotan". La tarea de los juristas es luchar contra esa degradante corriente. No se trata de establecer la censura, porque el monopolio del Estado es un remedio que cura la peste para sustituirla por el cólera. Tampoco conviene invitar al legislador penal a ser más severo, porque de todas maneras debería mantenerse dentro de ciertos límites y resultaría ineficaz. Algunos periodistas franquean los estrados del correccional sin perder el buen humor y adquiriendo una celebridad bienvenida. El remedio está en las sanciones civiles, tesis defendida por Savatier(101)(2136).

4º) EL SECRETO

A) La correspondencia y los papeles privados

Por secreto debe entenderse no lo reservado, la vida interior o en soledad, sino aquellas situaciones, pensamientos y datos en general que pertenecen a la persona y que, por su índole o porque así lo quiere aquella están destinados a no expandirse ni ser conocidos por terceros. Es lo que se mantiene oculto, y si bien muchas veces el ocultamiento es diverso de lo puramente personal, no cabe duda que se refiere a un aspecto del derecho a la intimidad.

En cambio, el llamado secreto industrial debe descartarse, porque consiste en el conocimiento de métodos de producción. Ello es conexo con el espionaje industrial, la captación de técnicas y trucos de fábrica que, inclusive, puede tener incidencia internacional y tocar a la seguridad y defensas de los Estados.

También hay que descartar el secreto comercial, o sea, ciertos aspectos que, sin referirse a la faz técnica, se mantienen en reserva por los comerciantes, como la lista de clientes, planes de organización y desarrollo, informaciones, etc. Y, también, el secreto científico o hallazgos y creaciones de la ciencia pura, independientemente de la aplicación práctica o de fábrica.

A la inversa, el secreto profesional llega a importar para la intimidad,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

dado que se colocan sus orígenes y efectos dentro del panorama general privado e íntimo.

Podría, quizá, hacerse una línea demarcatoria del secreto dentro del género derecho de la intimidad. Es esa oculta condición del datos no únicamente la manifestación negativa acerca del conocimiento de los demás, sino completamente negativa; el goce o el dolor solo y misterioso, surco profundo y privativo, separado totalmente de los otros. Más directamente unido a la persona que la reserva general el secreto puede considerarse un grado mayor de lo personalísimo. Por ello, como aspecto especial singularmente caracterizado, la extensión es distinta, pues comporta la ilicitud de la divulgación y la del simple conocimiento que invade, o la revelación a sólo una, un grupo o muchas personas.

Frente al secreto de la correspondencia, hay que pensar en el epistolario o sobre cada una de las masivas, las memorias familiares u otros escritos confidenciales o íntimos. Si hay un autor y un destinatario indudablemente que la carta pertenece al autor, aunque la hoja material donde está escrita sea del destinatario y pueda transmitirse a los herederos. La publicación del texto, sólo puede hacerse con el consentimiento de quien lo ha escrito, salvo que, por motivos especiales, se detenga el derecho al secreto. Además, no sólo se refiere a dicha publicidad, sino que se trata de que otro que no sea el destinatario se entere del contenido o se le comunique sin cortapisa(102)(2137).

La ley 11723, sin embargo, al regular el punto únicamente contempló la "publicación". Establece el art. 32: "el derecho de publicar las cartas pertenece al autor. Después de la muerte del autor es necesario el consentimiento" del viudo e hijos o descendientes directos, o en su defecto del padre o de la madre; faltando todos ellos la publicación es libre. Lo que pasa es que dicha ley tenía por finalidad reglamentar los derechos de autor. No obstante, sus normas son paradigma que orientan en las soluciones. De ahí que, sin tener en cuenta los preceptos penales, sumante destacados por cuanto tipifican el delito de violación de la correspondencia y papeles privados (arts 153 y ss. del Cód. Penal), ni las constitucionales (art. 18 de la Const. Nac.), representan aquéllas una guía que permite asentar el derecho al secreto epistolar. Con mayor razón si se tiene en cuenta que, el art. 35, segunda parte, dice, luego de poner plazo para la libertad de la publicación una vez muerto el autor: "esto aún en el caso de que la carta sea objeto de protección como obra, en virtud de la presente ley". Quiere decir, por ese "aún" que es un "todavía", que todo lo que se dice para las cartas comprende un ámbito más amplio que el de la obra intelectual, ámbito estrechamente emparentado con el derecho a la imagen que, como se ha visto, conscientemente se introdujo en la ley. Se relata el caso estadounidense de una señora que tenía en su poder cartas privadas recibidas antes de su primer matrimonio, durante la viudez y en el segundo. Al fallecer se las dejó a la hija del primero, de esos enlaces. El viudo exigió que se impidiera la publicación y se obligara a la hija a devolverle dicha correspondencia. El tribunal sólo accedió al primero de esos

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

reclamos(103)(2138).

Uno de los asuntos debatidos es la facultad que tienen el remitente y el destinatario de servirse de las misivas, como medio de prueba en los procesos. Dispone el art. 387 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (decreto - ley 17454/67) que, las partes y los terceros, en cuyo poder se encuentren documentos esenciales para la solución del litigio, están obligados a exhibirlos y el juez facultado para ordenar esa exhibición (art. 36, inc. 6°). Pero si se tratare de la parte, y ésta se negare, se la debe intimar. Si continúa en la renuencia y hay otras pruebas de donde resulte verosímil la existencia de los documentos, la negativa constituirá una presunción en su contra (art. 388). En cambio, el tercero requerido puede oponerse sin otra consecuencia (art. 389).

No debe olvidarse, con respecto al último supuesto, que el art. 1036 del Código Civil dispone que "las cartas misivas dirigidas a terceros, aunque en ellas se mencione alguna obligación, no serán admitidas para su reconocimiento". Criticable o no, lo cierto es que la regla representa una faz del resguardo epistolar tanto que impide la comprobación de los compromisos asumidos, aunque sean de origen contractual. En realidad, hoy se considera que la correspondencia es siempre reservada, o sea, confidencial, comprendidas aquellas cartas que por su índole no ostentan ese carácter. La persona vive y actúa moralmente a través de sus opiniones y sentimientos. La reserva es un bien de estricta naturaleza personal(104)(2139). Pese a dicha dirección del pensamiento moderno la ley procesal admite, como se ha visto, que se intime la exhibición de documentos, entre ellos las cartas misivas que haya dirigido una parte a su contraria; pero exige que se trate de las "esenciales" para la resolución final. Luego, el destinatario podría exhibirlas, y eso que el derecho a darlas a conocer es exclusivo del remitente o autor que las escribió. La jurisprudencia ha excluido a las que denominó "cartas confidenciales", aceptando "entonces, la existencia de aquéllas que no lo son(105)(2140). Pero todavía, frente a las así catalogadas de "confidenciales", acepta la exhibición en juicio y el reconocimiento cuando se debaten cuestiones de tanta trascendencia como el divorcio, la filiación, la nulidad de matrimonio, etc. Con respecto a las dirigidas a terceros, también se ha admitido cuando no existe oposición de quien la suscribió y consiente expresamente en ello; constituyan simplemente una orden para el tercero o se trate de cartas dirigidas en el interés exclusivo del destinatario. Ello pese a la letra rigurosa del art. 1036 del Cód. Civ., que recepta el uruguayo en su art. 1590, y fue la doctrina que enseñara Bartolo. Aquellas cartas estimadas como intrínsecamente confidenciales, quedan comprendidas sin excepción en el impedimento legal(106)(2141).

B) Telégrafo, Teléfono y aparatos electrónicos

Como muchos autores sostienen, todo lo relativo al secreto epistolar debe aplicarse al telegráfico y telefónico. Se recuerda el caso de la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

interceptación de un diálogo telefónico, para lo cual se conectaron hilos que permitieron captar las conversaciones y registrarlas en un grabador. Los ejecutores debieron indemnizar por considerarse invadida la intimidad del hogar(107)(2142). Esa sentencia recaída en los Estados Unidos es similar a otra de la Corte de Casación francesa, de 1955, cuyo litigio se relacionó con el proceder de un comisario de policía, quien, actuando en cumplimiento de un mandamiento judicial de instrucción, encargó a un electricista que realizara la conexión para registrar conversaciones privadas. La Cámara Civil declaró nulos el mandamiento del juez y el requerimiento del comisario, y tomó en cuenta la responsabilidad del electricista. La Corte dijo que se había violado el secreto de las comunicaciones telefónicas(108)(2143).

Acerca de tales espionajes violatorios del debido proceso por atacar el secreto y, más allá de él, la intimidad o reserva, se comentan dos casos ocurridos en 1966. En uno, agentes del F.B.I. instalaron un aparato electrónico de escucha en un departamento de un hotel de Washington, para enterarse y transmitir las conversaciones de un acusado por evasión de impuestos. En el otro, los aparatos fueron colocados por la policía en la cárcel para conocer las conversaciones del detenido y su letrado defensor(109)(2144). Una grave violación al secreto es lo que se ha llamado por el país del norte, la lesión al derecho a la soledad de las celdas en las prisiones, con respecto a las pruebas logradas mediante detectores. (Caso "Lanza v. New York", de 1962, cit. por Díaz Molina). Ante tales antecedentes y circunstancias, la Corte ha anulado los procesos para que se celebre un nuevo juicio, porque toda actividad gubernamental de esa naturaleza, automáticamente vicia el procedimiento y requiere otro proceso para la condena impuesta bajo dichas circunstancias.

C) El secreto profesional

Así como el Código Penal envuelve en un cono de protección al secreto, aunque en el título que trata los "delitos contra la libertad", capítulo denominado "violación de secretos", y comprende el desvío y la violación de correspondencia (arts. 153 y 154), la publicación indebida de secretos (art. 155) y la violación de secretos oficiales (art. 157), también tipifica la figura de la "violación del secreto profesional" (art. 156). Se ha dicho que tiene por objeto la esfera íntima de la persona, considerada tanto en su entidad física como en la moral, de modo que se incluyen también las relaciones que nacen de su situación familiar, política, comercial, económica y religiosa. Pero, como es natural, la ley represiva coloca ese delito bajo la exigencia subjetiva del dolo: "a sabiendas" de que no exista causa justa para revelar el secreto profesional, aunque no exija la intención dañosa. Hay pues, un territorio civil de la culpa ajeno a la norma penal que podría contemplarse diáfana y ampliamente a través del art. 1109 del Cód. Civ. Por otra parte, la sanción penal está acompañada por la civil de resarcimiento del daño. Vía sancionatoria y

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

proteccional, esta última, que pertenece exclusivamente a la iniciativa del sujeto, por lo que, bien puede hablarse de un derecho subjetivo. Lo mismo ocurre con los delitos sobre la correspondencia(110)(2145).

Ahora bien, todavía puede agregarse que en muchos casos se ataca la esfera secreta, sin cometerse los delitos correspondientes del Código Penal. En efecto, el secreto profesional se basa en la necesidad, por muy variados motivos, de confiar a una persona quien en razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte se convierte en el destinatario obligado de la confidencia. Pero ello no implica que quede desamparada la persona que transmite algo íntimo a un amigo, un benefactor, un pariente, pese a que no tenga necesidad de hacerlo. Es decir, cuando revela en forma de confidencia algo que es secreto, no obstante que no esté urgida para confiarlo. Esa confianza que muchas veces proviene de la vinculación, de un entendido sobre la reserva, de un desahogo del alma, no ha de destruirse con total impunidad. Por ello, desde el punto de vista civil el derecho al secreto, ligado a la intimidad tiene un campo propio más extendido y comprensivo.

En el específico secreto profesión, ese campo privado es patente en la actividad médica. Dispone el art. 11 de la ley 17132, que "todo aquello que llegare a conocimiento de las personas cuya actividad se reglamenta en la presente ley, con motivo o razón de su ejercicio, no podrá darse a conocer - salvo los casos que otras leyes así lo determinen o cuando se trate de evitar un mal mayor y sin perjuicio de lo previsto en el Código Penal -, sino a instituciones, sociedades, revistas o publicaciones científicas, prohibiéndose facilitarlos o utilizarlos con fines de propaganda, publicidad, lucro o beneficio personal". Surge así que, "sin perjuicio de lo previsto en el Código Penal", también se ordena la abstención frente al conocimiento que la actividad médica procura. Ese precepto no impone; el requisito de la necesidad, sino que basta el conocimiento con motivo del ejercicio de la medicina. Puede aplicarse por analogía a las otras actividades profesionales, como las del abogado, ingeniero, contador, peritos en diversas ramas y ciencias, bancos, instituciones de todo tipo, etc., inclusive las oficiales.

La ley admite una cierta clase de divulgación encerrada en la faz técnica y científica, dejando a salvo la acción represiva si, con ella, se comete el delito del art. 156 del Cód. Penal. Limitada - instituciones, sociedades, revistas o publicaciones científicas -, debe llevar expresa o implícitamente la prohibitiva condición de que sirva para propaganda, publicidad, lucro o beneficio personal. Se estrecha el campo al conocimiento científico investigativo o didáctico, y se acorta su extensión a la simple noticia dentro del círculo profesional reducido, desde que no puede servir para publicidad. Como toda excepción, y más estando de por medio un derecho personalísimo, debe interpretarse restrictivamente. De ahí que, si se divulgara el dato, los hechos, los orígenes y efectos de la enfermedad, las circunstancias, por todo el ámbito de la medicina, abarcando todas sus ramas se llegaría a la publicidad que la ley repudia. Creo, entonces, que la norma restringe la facultad a grupos limitados de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

donde el secreto no podría salir; a revistas de escaso margen expansivo y con un estricto carácter científico de especialidad. Además, dentro de lo posible, debe mantenerse el anonimato de las personas involucradas, de los antecedentes y relaciones.

La jurisprudencia francesa, aun en casos en que el hecho había sido divulgado consideró que el médico debía callar, porque no puede con la autoridad de su palabra confirmar el rumor o el comentario público(111)(2146). Los que no compartan esa extrema defensa del secreto, de todos modos deben pensar en la gama de matices que lo caracteriza, porque no es aceptable una conducta de mera propaganda o publicitaria, o perjudicialmente incontenida. La discreción es una cualidad profesional que no debe faltar, y si la actitud difusiva no obedece a algún motivo especial, y viene a agravar la incómoda situación de la persona, ésta podría invocar la tutela de la intimidad para lograr una reparación del daño.

La ley procesal contempla el problema desde su ámbito. Establece que el testigo puede rehusarse a contestar las preguntas "si no pudiere responder sin revelar un secreto profesional, militar, científico, artístico o industrial" (Cód. Proc. Nac. Civ. y Com., art. 444, inc. 2º). Desde otro punto de vista, también se prevé las reservas que pueden provenir de actuaciones judiciales o de los informes. Así, al regular la prueba informativa se estatuye que, cuando el requerimiento "fuere procedente, el informe o remisión del expediente sólo podrá ser negado si existiere justa causa de reserva o de secreto, circunstancia que deberá ponerse en conocimiento del juzgado dentro de quinto día de recibido el oficio" (art. 397, 2º apartado, Cód. cit.).

D) Procedimientos para enterarse contra la voluntad del sujeto.

Ya se trate de destruir las barreras intencionales, de doblegar la voluntad, o de conocer la idiosincrasia para ubicarse en los hechos y en las reacciones, todo método coactivo o sorpresivo que introduzca en la psique, avive la memoria o viole una decisión personal, no es más que una manera de penetrar forzosamente en los antros intangibles de la reserva y del secreto. Nadie, ni aun la autoridad, puede considerarse facultado para esa intromisión; para ese avasallamiento de la intimidad anímica y espiritual.

Este tema podría quizá ubicarse dentro del de la libertad. Creo que, más que atacar ese amplio derecho personalísimo, el fin del atacante es enterarse de lo oculto en la persona, obligándola a revelar aquello que no quiere. Naturalmente que también ataca la libertad, pero resalta como objetivo perseguido destruir las reservas que mantienen el secreto y conocer los personalísimos aspectos del sujeto, lo que no sería posible por otro medio.

En el diario La Nación del 18 de agosto de 1968 nos enteramos editorialmente, y con el título "lavado de cerebro", de un reciente fallo recaído en juicio penal en Roma. Un escritor y filósofo de edad madura

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

fue condenado a nueve años de cárcel. Se probó ese "lavado de cerebro" efectuado a dos jóvenes, modificando sus conceptos tradicionales sobre moralidad. El fiscal señaló que, como consecuencia del control ejercido por el pseudo maestro, los discípulos le contaban sus más profundos pensamientos y lo seguían "como perros tras de su amo". El fallo, luego de rechazar aquello de que el fin justifica los medios, hizo hincapié en la soberana dignidad del ser humano y la libertad de conciencia.

Esto se relaciona con el narcoanálisis como método de entrometerse en la conciencia, independientemente del mayor o menor alcance subjetivo de tal intromisión. El llamado "suero de la verdad" o también "detector de mentiras", está repudiado porque ataca la personalidad del hombre, aunque se pretenda usarlo como sistema de investigación judicial. Constituye un medio de violencia moral inadmisibles, condenado por aquella norma constitucional que establece que "nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo" (art. 18) . El uso de sustancias narcóticas para escudriñar y descubrir las ideas de los sospechosos o acusados, los pensamientos y recuerdos enterrados en las capas más profundas del psiquismo, debe rechazarse porque representa un ataque a la persona(112)(2147).

El actedrón, que produce un desmantelamiento nervioso y psíquico; el pentotal, que aniquila el funcionamiento de las actividades mentales y desplaza los frenos volitivos provocando la liberación o soltura de los pensamientos, impresiones, sensaciones y recuerdos de la conciencia y del subconsciente, o las drogas barbitúricas que también obnubilan la conciencia, inhiben las facultades volitivas, hacen desaparecer la cualidad autocrítica, deterioran la voluntad, no pueden, a mi juicio, estar justificados de alguna manera. Se ha dicho que son admisibles para las autoridades judiciales cuando el propio imputado se ofrece para el experimento a fin de demostrar su inocencia, y, cuando se aplican con fines terapéuticos a sujetos condenados por delitos graves. También, cuando esa prueba se dispone para conocer la personalidad biotipológica - psicoanalítica del acusado(113)(2148). Aparte de que la persona no tiene radical facultad dispositiva sobre los derechos personalísimos, es éste un caso en que no debe aceptarse el consentimiento sin serias precauciones, ya que, importa tales desmantelamientos psíquicos que provoca un desarme total sobre lo que ella misma es. Los resultados llegan a ser diferentes a los que se esperaban. El proceso hace fluir las ideas con rapidez, produce la locuacidad incontrolada, el vuelo de la fantasía, de modo tal que el sometido puede llegar al invento y a crear situaciones inciertas. Es un estado de semiinconciencia y, por ende, de semirresponsabilidad. Se provoca, además, la revelación de muchas otras intimidades que no tienen atinencia con lo que se investiga; es un verdadero desnudamiento del alma inadmisibles y fuera de lugar. A raíz del caso "Cens", ocurrido en Francia y resuelto en 1949, la Academia de Medicina, con informe de Lhermitte, llegó a la conclusión de que el perito judicial no podía practicar el narcoanálisis, ni siquiera a pedido del

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

imputado o por orden del juez instructor. En Buenos Aires se aplicó el pentotal en el caso Lisandro Saldívar, 1949, lo que produjo una repulsa general. En Alemania, el Tribunal Federal dijo en sentencia del 16 de febrero de 1954, con motivo del empleo del polígrafo Berkeley, que la conservación y el desarrollo de la persona no pueden prescindir de un ámbito psíquico propio, del cual no puede separarse; ámbito que debe permanecer inviolable también en el proceso penal(114)(2149).

Con pedido del propio acusado, sólo son aceptables esos métodos cuando no fuera posible llegar a la inocencia por otros medios, y sólo quedara ese recurso extremo, delicado, y que debería tener cabida ante una solicitud libre, espontánea, expresa y clara. Es decir, agotada ya la investigación y por un ruego autónomo y personal de quien piensa beneficiar sus posibilidades defensivas con el tratamiento.

Los arts. 18 de la Constitución Nacional y 8 del Código de Procedimientos en lo Criminal para la Justicia Federal y Tribunales de la Capital, claramente los descartan.

Puede agregarse que en igual repudio caen los sistemas electromecánicos, el hipnotismo, los exámenes psicológicos, los test, la grafología, etc. Ellos tienden a revelar lo oculto y no podrían erigirse como sistemas de indagación penal o de otro tipo cuando solamente tienen por finalidad el conocimiento antedicho. En cambio, desde el punto de vista terapéutico se acepta el narcodiagnóstico y la hipnosis. Por un lado, porque sólo se trata de aprovechar una técnica curativa; además, porque el profesional que se inmiscuye en lo profundo del sujeto, se encuentra atado por el "secreto profesional". Con el objeto de curar; diagnosticar, aliviar dolores y facilitar la cirugía, no se afecta a la dignidad humana ni a la inviolabilidad del fuero íntimo(115)(2150). Opinión sostenida por el art. 9º de la ley 17132, que establece que la anestesia general, el psicoanálisis y los procedimientos psicoterápicos en el ámbito de la psicopatología, quedan reservados a los profesionales habilitados para el ejercicio de la medicina. "La hipnosis solo podrá ser realizada por profesionales médicos quedando autorizados los profesionales odontólogos a emplearla solamente con propósito anestésico, en los actos operatorios de su profesión". No debe olvidarse que aquí, aparte del secreto profesional y de los objetivos exclusivamente terapéuticos, juega un rol terminante e irremplazable el consentimiento previo del sujeto; consentimiento que debe tener supuesto el conocimiento del método, de sus efectos generales y de sus posibles consecuencias. La persona sometida, antes tuvo que discernir, querer o aceptar el tratamiento y expresar su voluntad en tal sentido. Cualquier falla de uno de esos tres elementos importaría la ilicitud de su aplicación.

5º) El domicilio y el ámbito privado

La tutela del espacio donde la intimidad tiene su expansión corriente, se ha llamado protección del secreto doméstico. Aparte de la inviolabilidad domiciliar que consagra la Constitución Nacional (art. 18) y de la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

tipificación del delito de violación de domicilio (arts. 150 y ss.), todo recinto donde la persona custodia y desenvuelve las reservas y las de su familia, se erige como un ámbito propio de la intimidad. Ya se ha visto el encuadre de ilicitud de la jurisprudencia norteamericana sobre el "fisgoneo", escudriñamiento o acoso observatorio. No se limita únicamente al secreto de la casa, la morada o habitaciones propias del hogar con sus adyacencias, sino a la defensa en general de la intimidad misma de sus moradores en esos espacios, del privado desenvolverse sin sufrir intrusiones o molestias extrañas. El llamado derecho al secreto doméstico, debe entenderse como derecho al secreto de la vida doméstica que entra en la defensa global de la riservatezza. Es el desenvolvimiento de la existencia humana en el sagrario de los muros y paredes domésticos; la íntima vida familiar defendida sin excepción contra la indiscreta publicidad. Además, comprende el modo de conocer o adquirir el conocimiento, el desarrollo de esa vida. Si falta la autorización está violándose, ya sea subrepticamente, con violencia o abuso de confianza, el secreto, que es una especie dentro de la intimidad.

Por ello, ante la norma de nuestra Carta Magna, no es posible realizar inspecciones, persecuciones o secuestros sino por el modo y casos establecidos por la ley, y con las garantías del caso. Pero es un derecho que abarca a algo más que la definición técnico - jurídica del domicilio (arts. 89 y ss. del Cód. Civil), puesto que también se refiere a la habitación, simple residencia y todo ámbito de desarrollo de aquella vida familiar y cerrada. Es decir que, tanto la habitación, la residencia, como el domicilio, y otros espacios reservados de la persona, quedan bajo el amparo jurídico; ámbitos sustraídos a indiscreciones y espionaje, que satisfacen el instinto de separarse, apartarse, vivir la soledad(116)(2151). La curiosidad, podrá pensarse, en ciertas circunstancias queda al margen del derecho; es un movimiento instintivo que tiene mucho de inocencia y de la misma condición humana. Así, por ejemplo, entre personas que viven en diferentes habitaciones de una misma casa. Mas todo debe tener su límite; el curioso debe saber hasta dónde es legítimo el desenvolvimiento de su instinto. Si insiste en saber, causando un verdadero estorbo en la vida íntima, es impertinente o emplea métodos intolerables, podría considerarse que lesiona el derecho al secreto doméstico. Materia de examen particularizado, caso por caso.

La Conferencia citada de juristas nórdicos, afirmó que muchas veces es necesario reforzar las disposiciones penales, así como las medidas civiles destinadas a proteger la propiedad o posesión, que pueden no dar amparo a quienes tienen derecho a usar del domicilio o de otra propiedad pero no a ser propietarios (Conclusión 12, a). Encarado el punto desde el panorama general de la intimidad y el especial del secreto, ya se ha visto cuánta mayor extensión es abarcable, y justamente, en defensa de aquéllos.

6º) Limitaciones del derecho a la intimidad

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Podrían trasladarse aquí muchas de las conclusiones expuestas al tratar la imagen. En términos generales aquella Conferencia de 1966, luego de recalcar que el derecho a la intimidad no puede ser ilimitado, y que se deben equilibrar los intereses del individuo con los de otros individuos, grupos y el Estado, asevera que el interés público exige a menudo que las autoridades intervengan en la esfera privada; facultades que quedaron estipuladas en la Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. Enumera los casos relativos a: seguridad nacional, pública y situaciones de necesidad en tiempos de paz, de guerra y en casos de catástrofes naturales; el bienestar económico de un país; la lucha contra el desorden y el crimen; la protección de la salud; la administración de la justicia civil, la libertad de expresión de información y de deliberación. En cada supuesto establece la extensión y los límites a las limitaciones del derecho a la intimidad. (Conclusiones 4 a 10).

Es disponible, aunque no radicalmente. Ya se ha visto cómo, acerca de la correspondencia, se permite la exhibición inclusive de cartas confidenciales si el sujeto interesado asiente. Igual si se trata de publicar o difundir situaciones, vicisitudes y circunstancias íntimas; cuándo es permitido comunicar el secreto profesional o enterarse y divulgar algo sobre la vida doméstica. En cambio, porque reproducen una total cesión de la intimidad, una entrega que bien puede llamarse de integral desmantelamiento, los métodos del narcoanálisis, hipnosis, etc., salvo por procedimientos terapéuticos no son legítimos pese a la aquiescencia del acusado, excepto el caso del inocente o de quien así lo proclama, que carece de toda otra prueba para demostrar esa invocada inocencia.

¿Hasta qué extremo es posible divulgar la vida privada de las personas célebres? Ha dicho el Tribunal de Milán, en 1953, que ofende el derecho a la intimidad y por ello debe prohibirse, la publicación que revela o pretenda revelar secretos e intimidades de la vida privada, inclusive si se trata de personas pertenecientes a la vida pública de un país(117)(2152). La Corte de Apelación, en 1955, confirmó esa doctrina y, el comentarista De Cupis, señaló que el escondido ángulo de la existencia de un personaje dotado de notoriedad, su vida sentimental, que pese a la fama no deja de ser reservadísima, produce a la limitación de la intimidad un límite derivado de una profunda y delicada exigencia humana, y la protección de esa exigencia sólo puede postergarse cuando lo exija un interés público, entendido en el más riguroso de los sentidos. Se trataba del caso Clara Petacci, relacionada con Mussolini.

La Conferencia nórdica así lo ha entendido cuando, al referirse a la libertad de expresión, información y deliberación, dijo que la "vida privada de los personajes públicos tiene derecho a la intimidad, salvo cuando pueda demostrarse que ésta llega a tocar el curso de los acontecimientos públicos". (Conclusión 10). Esas fronteras fueron remarcadas en el famoso asunto de la reina Victoria de Gran Bretaña y su consorte, el Príncipe Alberto. Este hacía dibujos que ambos

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

guardaban. Una persona logró copiarlos y anunció que aparecerían publicados bajo el título "Catálogo descriptivo de los dibujos de la reina Victoria y del príncipe Alberto". Los reyes interpusieron un recurso de amparo y el magistrado judicial protegió los derechos afectados y prohibió la publicación(118)(2153).

Con respecto a la prensa, los asuntos de interés público deben analizarse caso por caso. Difícil resulta dar una definición general o establecer principios rígidos. No debe olvidarse que la dirección más sensata es la que cierra el límite en la misma condición pública del sujeto, porque su esfera netamente privada no puede desconocerse, ya que, caso contrario, se impediría el desenvolvimiento importantísimo de un sector de su vida. Alguna intimidad debe celosamente ser guardada respetada, muy a pesar de la fama, de la posición expectante, de la notoriedad. Porque es una exigencia existencial. Casi todos los autores reconocen la demarcación de esa frontera como Valentín Ball, para quien, a través de los fallos conocidos, los asuntos de interés público tocan materias en la que generalmente el público se encuentra interesado, y los asuntos en los que el público tiene conocimiento de su importancia(119)(2154). Pero ese interés y esa importancia deben estar justificados y ser serios. Los periodistas y los fotógrafos de prensa no pueden tener un poder en blanco que quiera asentarse en la firme y necesaria libertad de expresión. Los límites, aun tratándose de celebridades y de asuntos o materias públicas, también le son impuestos porque, por sobre la misión informativa, se yerguen otros principios capitales como éste de la intimidad en ciertas esferas que se alejan de la conducta pública.

Con respecto al secreto profesional médico, es indudable que el paciente puede autorizar la divulgación; sin embargo, se ha pensado que, aun en ese supuesto, rige el secreto y la autorización carece de valor. ¿Tiene el enfermo el derecho de autorizar en nombre de otra persona? Nadie puede hacerlo frente a eventuales intereses de un tercero, y el secreto puede pertenecer a ese tercero. Como cuando la enfermedad se proyecta sobre la familia. Supóngase que el hijo tiene una enfermedad hereditaria ¿puede autorizar la divulgación que llega a afectar al padre? Evidentemente que no. Tal concepto de relatividad del consentimiento debe ser extendido a las otras profesiones(120)(2155).

Lo expuesto es aplicable a los documentos y cartas. La publicación es legítima en las partes en que el público interés reclama el público conocimiento. Un caso de tales asienta en la verdad judicial, y ya se ha visto cómo está regulado el punto por disposiciones de fondo y procesales. La ley 11723, art. 35, establece que el consentimiento para la publicación de una carta "no es necesario después de transcurridos veinte años de la muerte del autor de la carta". O sea que, con posterioridad al plazo, la publicación es libre, como lo es también cuando no existen los parientes próximos que enuncia el art. 32.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

**CAPÍTULO IV SANCIONES Y MEDIOS DE DEFENSA EN GENERAL POR
ATAQUES A LOS DERECHOS PERSONALÍSIMOS**

El relieve jurídico de los derechos personalísimos depende de los medios que, según el orden positivo el sujeto puede hacer valer para su defensa, que se sancione la violación y se reparen las consecuencias. En grandes rasgos puede decirse que dichos medios civiles se dirigen por tres caminos centrales: la indemnización pecuniaria de los daños y perjuicios, la reposición in natura y la supresión o eliminación del ataque. La indemnización comprende a los daños materiales y morales. La doctrina del daño moral, también llamado "precio del dolor", encuentra aquí su principal cauce. Son lesiones que naturalmente producen un agravio moral como consecuencia de las características de las bienes que están en juego. Pueden ocasionar también uno personal cuando hieren la satisfacción del estado físico, y llegar al daño material, que comprende el emergente, gastos, el lucro cesante, utilidades dejadas de percibir, y los futuros sobrevivientes, tal como la incapacidad laboral. Hay también un daño patrimonial indirecto por la repercusión económica del desmedro o alteración sufridos (art. 1069 del Código Civil). Pero, es muy cierto que el agravio moral encuentra, en los derechos personalísimos, su verdadera expansión y fuente.

En Francia se subordina el daño moral a condiciones menos severas que las que impone el art. 41 del Código Suizo de las Obligaciones. Los montos, que a veces no pasan del franco, son superiores. En Alemania, en un primer momento, se tenían muchas reservas, lo que debe haber inspirado a Bibiloni, tenaz opositor. Actualmente existe, en cambio, una corriente favorable que se apoya en la consagración de la dignidad del hombre y en los arts. 1º y 2º de la ley fundamental de Bonn. Se cita un célebre caso en el cual se aplicó el art. 847 del B.G.B., y se condenó al culpable a pagar 10.000 marcos, pues el damnificado descubrió su imagen en un afiche publicitario de un remedio contra la impotencia(121)(2156). Después de la segunda guerra mundial se reconoció en ese país un derecho general de la personalidad (jurisprudencia y nuevos principios constitucionales) y la indemnización del daño moral en caso de violación. La Corte Federal, pese al art. 253, extendió la aplicación del citado 847(122)(2157).

Si se renovara la polémica que entre nuestros juristas despertó el art. 1078 de Vélez y que produjo fallos plenarios, me inclinaría sin hesitación por la corriente que ilustraron Alfredo Colmo, Héctor Lafaille, Juan Carlos Rébora, Jorge Suárez Videla, Arturo Acuña Anzorena, entre otros muchos(123)(2158). Es decir, la entrada por la puerta amplia y que no tenga la necesidad de que el hecho configure un delito penal. Seguiría el voto de la minoría en el conocido fallo plenario de la Cámara Civil de la Capital Federal del 15 de mayo de 1943, autos "Iribarren F. c/. Sáenz Briones y Cia. y otra", o sea, el que emitieron los Dres. Grandoli, Mendonça Paz y Tobal(124)(2159). Dicho art. 1078 en el análisis literal

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

se presentaba como un paso aislado incompatible con los sanos principios que Vélez mismo consagró en la nota al art. 2312, y en los arts. 1075, 1067, 1068, 1108, 1077, 1083 y 1109.

Ahora con la sustitución dispuesta por el decreto - ley 17711/68, la polémica carece de relevancia y el asunto está zanjado. Dice el nuevo art. 1078: "la obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima". Queda suprimida de cuajo la necesidad de que, ese acto ilícito, sea delito del derecho criminal. Además, al hablarse en general de los actos ilícitos, se extiende el daño a los delitos y cuasidelitos civiles.

Decía Giorgi: si nadie duda que a quien se le roba un asno se le debe resarcir el daño, al que se le roba el honor, la tranquilidad, la libertad ¿no se le debe nada?(125)(2160). Reparación es desagravio, es satisfacción completa, es enmendar el menoscabo ocasionado; es restablecer el equilibrio; reponer a la víctima a costa del responsable en la situación en que se habría encontrado si el atacante no hubiera consumado el acto. ¿Hay algo más equitativo que eso? Pero, si no parece posible medir aquel verdadero menoscabo de las afecciones, paz y sentimientos; repararlos en todo lo ancho y profundidad de la quebradura producida; si se estima inadecuado el dinero como medio para subsanar la ofensa ¿qué otra cosa cabe, salvo que fuera posible la reparación en especie?; ¿cómo devolver la vida; incólume a la imagen publicitada; intacta la intimidad violada? Parecen cerrarse las posibilidades de la justicia humana. Sin embargo, es posible compensar en algo a la víctima, acordarle el único equivalente materializable por mediación del dinero. El dinero reconforta, distrae, facilita el conseguimiento de los medios para el olvido, como los viajes, los entretenimientos; desahoga de otras angustias propias de la lucha por la vida, permitiendo sobrellevar con mas entereza las provocadas por el daño. Se ha dicho que, en una sociedad organizada, no es dable anteponer a los atributos superiores de la personalidad el valor de las cosas materiales, que, por caras que sean y no llegan a desplazar al hombre en su dignidad. Aun cuando los bienes heridos en sí sean inestimables, y ninguna suma de dinero adecuada para justipreciarlos, de ello no se sigue que la víctima de un agravio a su persona ha de ser privada de toda satisfacción; mejor alguna cosa que nada. Cuanto menos una para mitigar el dolor.

No se trata solamente, entonces, de una sanción ejemplar, sino del esfuerzo por hacer justicia y permitir al damnificado algún goce que contrabalance el dolor sufrido. El dinero es un medio de satisfacer necesidades y de procurar goces; es útil para la felicidad humana. La víctima recibe por su medio una inyección, aunque imperfecta, para mitigar en algo el sufrimiento moral. Muchas veces el médico aplica un remedio al enfermo con pleno conocimiento de impotencia para restablecer la salud total, pero que disminuye el dolor. Por otra parte, ¿quién puede negar que el hombre atribulado produce menos que aquel otro que no recibió ese tipo de agravios? Indirectamente todo daño moral

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

se proyecta en el patrimonio, porque la persona es una fuerza viva, un instrumento de producción. La paz perturbada o destruida aunque sea transitoriamente, menoscaba esas fuerzas vivas, debilita anímicamente y repercute en las posibilidades productivas. Las energías disminuyen por falta de paz interior. Todo eso debe tener en cuenta el legislador que proyecta los medios de amparo y distribución de la justicia. El precio del dolor es un medio inevitable, necesario y absolutamente equitativo.

La acción sólo compete al damnificado directo (art. 1078 del Cód. Civil) quien, para hacer efectivo el crédito, puede dirigirla por vía refleja o indirecta con relación al responsable (art. 1113 del Cód. Civil). No se admite, en cambio, la subrogación, ya sea como consecuencia del pago adelantado por tercero (art. 767 del Código cit.), caso común de las compañías aseguradoras, o bien, en virtud de la acción oblicua que contempla el art. 1196. Si se produjera la muerte del damnificado como consecuencia del hecho, dicha acción compete últimamente a los herederos forzosos (última frase del art. 1078 Cód. civil).

El Código de Vélez excluía expresamente otros medios de reparación que no fueran el resarcimiento monetario, dejando a salvo la posibilidad de restituir el objeto que fuese materia del delito. Explicó el codificador en la nota, apoyándose en Merlin, que los jueces no podrán ordenar una reparación del honor, "una retractación, por ejemplo". Combinada esa restricción con la que surgía de la jurisprudencia, que interpretaba que el daño moral sólo era resarcible cuando el hecho constituía un delito del derecho criminal, se cerraban casi todas las vías civiles para tutelar a los derechos personalísimos, puesto que, por un lado no correspondía condenar más que a una indemnización pecuniaria y, por el otros el agravio moral, cuya fuente es la persona en sus bienes interiores, quedaba encerrado en esos estrechos límites. Se combinaban las compuertas en la clausura y quedaba una diminuta rendija por donde se colaba tenue luz para iluminar el oscuro campo de las defensas morales. Al respecto, el decreto - ley 17711 ha sido altamente constructivo. Destruyó el esquema ahogado del resarcimiento del precio del dolor, y sustituyó el art. 1083 por el siguiente: "el resarcimiento de daños consistirá en la reposición de las cosas a su estado anterior, excepto si fuera imposible, en cuyo caso la indemnización se fijará en dinero. También podrá el damnificado optar por la indemnización en dinero". Dejando de lado la impropiedad de la palabra "resarcimiento", pues se trata de "reposición", y algún otro defecto terminológico destacable, como aquél de "las cosas a su estado anterior", porque podría hacer pensar en los objetos corporales susceptibles de valor, el espíritu amplio y acogedor de la norma debe señalarse. Quizá haya quedado en relieve con las palabras de la Comisión Redactora cuando anota que fue su tarea "el afán de asegurar la realización de los valores humanos esenciales. El hombre, objeto y fin de todo el orden jurídico, merece el respeto que su dignidad exige y debe a la comunidad el sacrificio razonable que imponen las exigencias del bien común(126)(2161).

La reposición debe ser proyectada a su verdadero ámbito. Así, se repone

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

o reintegra en forma específica el honor herido cuando por medio de publicaciones quedan satisfechas la paz interior y la fama, señalada la injuria, la falsedad o la inexactitud. De igual manera si se ejercita el llamado "derecho de respuesta" ante una propalación falsa o incorrecta. Lo mismo la "retractación" pública.

El art. 114 del Código Penal contempla ese medio de reparar en especie los delitos contra el honor. Cuando hubiere sido cometido públicamente o por cualquier medio de difusión, "el juez o el tribunal ordenará, si lo pidiere el ofendido", la publicación del pronunciamiento a costa del culpable. Adviértase la frase subrayada porque ella faculta al sujeto para requerir el medio sancionatorio y reparador de su honra, demostrando así que la tutela asienta sobre una decisión subjetiva. La ley 17567, hoy derogada, contemplaba el caso de que la ofensa hubiera provenido de un periódico local y nuevamente a "pedido del ofendido", se ordenaba la publicación, si era posible, "en el mismo periódico en el mismo lugar o con el mismo carácter del artículo injurioso". Tiene gran poder esta arma para destruir el castillo formado en torno a la calumnia o la injuria. Arma de carácter privado, desde que responde a la voluntad de quien sufrió el ataque.

Con respecto a la retractación, si bien el art. 117 establece la exención de pena si el culpable se "retractare públicamente, antes de contestar la querrela o en el acto de hacerlo", ello se completa con la facultad de pedir que se publique. Se difamaba públicamente y el querrelado se retractaba en el estrecho círculo del tribunal. De su pedido el ofendido podía hacer publicaciones rectificatorias, que la mayoría de veces eran sospechadas. El juez, a pedido de parte ordena que se publique la retractación y a costa del ofensor, en el periódico y lugar de donde provino el infundio o el insulto, y con el mismo carácter (solicitada, información, editorial, etc.).

Pienso que con el art. 1083 del Código Civil, todo un sistema similar puede aplicarse frente a actos ilícitos no penales, porque ésa es una manera de reponer el honor ofendido. Cuando por la índole del ataque o por las características del bien, fuera imposible la restitución in natura queda el resarcimiento que ya someramente se ha estudiado.

El llamado derecho de respuesta importa la facultad de utilizar el mismo periódico donde apareció el nombre de la persona relacionado con hechos inexactos. Es una forma legítima de defensa que existe en Francia, Bélgica, Italia, Portugal, Brasil, España, Colombia, etc., y, con el carácter de rectificación, en Alemania, Austria, Polonia y Yugoslavia. Entre nosotros no existe(127)(2162). Es ajeno a los delitos penales contra el honor y a la reparación de los daños y perjuicios. En los lugares donde hay un solo periódico los vecinos sienten horror por la prensa, porque los oprime la imposibilidad de señalar las noticias falsas. No es lo mismo respuesta que rectificación. Esta última es ajena a las consecuencias penales y se considera la más acertada pues no presiona al diario, no compromete su orientación ni atenta contra su independencia, ya que tiende a corregir el error propio, no el ajeno. De

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

todas maneras, el periodista debe ser forzado a recoger la corrección suministrada por el interesado(128)(2163).

Aparte del resarcimiento, publicaciones, respuesta y retractación hechas públicas, no debe descartarse la faz preventiva. Aquellos medios tienden a sancionar y a reparar, vale decir, subsanar el hecho consumado. Claro que indirectamente sirven de contención, pero el orden jurídico se estrecharía en marcos pobres e inadecuados si, además, fuera imposible usar otras armas para evitar la consumación del ataque, cuando aquella coacción de los medios sancionatorios pudiera ser insuficiente. Lo ideal es que las fuerzas contrarias a la paz, integridad y dignidad de la persona, no se pongan en marcha, o, en todo caso sea posible frenarlas antes de que produzcan las consecuencias no queridas por la ley a la moral y las buenas costumbres. Cuando es imposible repeler preventivamente el ataque, se lo liga a dichas consecuencias condenatorias que permiten un doble juego: compensar o destruir las consecuencias y efectos, y señalar correctivamente cuáles serán los medios sancionatorios que la ley admite.

En la prevención se conoce la llamada "azione inhibitoria", o sea, interdicción, y la "azione de remozione", o sea, de suspensión.

Puede agregarse la "legítima defensa". Por la primera se prohíbe que el demandado realice el acto con la amenaza de aplicar una pena. A diferencia del resarcimiento de los daños se aplica sin requerirse la culpa del prevenido. Con la segunda se elimina la continuación de un ataque ya comenzado, o sus efectos.

La Suprema Corte Alemana admitió con frecuencia la llamada "acción de abstención", como comprendida en el concepto de reparación de daños. Viene a ser la "azione de remozione". En una palabra, se otorgan garantías frente a lesiones futuras. Se cita el ejemplo de un médico que quisiera emprender una operación quirúrgica contra la voluntad del paciente, y se considera que esa acción sería ineficaz porque el fallo llegaría tarde, y si el médico no se abstiene por temor a la consecuencia penal tampoco lo haría frente a la civil. De todos modos, en algunos casos la presión de la sentencia podría ser decisiva. Al concederse una acción de abstención independiente de la culpa, se facilita el triunfo de un principio que corresponde a las exigencias jurídicas: la protección judicial contra delitos futuros mediante una actio damni infecti. Cuando el Tribunal del Reich por primera vez desarrolló los principios sistemáticos de la "acción de abstención" (RGE, págs. 114 - 118 y 60, pág. 6), expuso que conceder a una persona un derecho absoluto o de exclusión implica prohibir a todos los demás inquietarla y perjudicarla mediante ataques... en caso de que se tema la repetición, puede demandarse la omisión. No consideró necesario que haya culpa, pero sí una lesión contraria a derecho. Vale decir que ese tribunal, en la buena senda, y muy a pesar de que carecía de un texto expreso, se volcó hacia lo que se ha llamado también "acción de eliminación" y en el derecho angloamericano, injunción o mandato prohibitivo, que viene a ser la citada "azione de remozione". Tiende a hacer cesar los efectos del ataque que pudieran

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

continuar. Tal acción elaborada sobre la base de una analogía no concreta, sino amplia, se limitaba a otorgar el cese en aquellos casos en que ya había tenido realidad una conducta ilícita. Por lo tanto, el temor de que se producirá la primera trasgresión ("azione inhibitoria"), no fue considerado suficiente, sino el temor de que se realicen más ataques ulteriores al primero real(129)(2164).

El anteproyecto Gomes para el Brasil, da la posibilidad de exigir que el atentado cese, sin perjuicio de las pérdidas y daños y de sanciones de otra naturaleza (art. 29, parágrafo único). También el art. 10 del Código italiano que se refiere a la imagen, dispone que la autoridad judicial, a demanda del interesado, puede disponer el cese del abuso, salvo el resarcimiento de los daños. Para esa eliminación no se requiere culpa, es una tutela independiente del elemento subjetivo, pero, para la acción de resarcimiento, la culpa es un requisito normal(130)(2165).

Pienso que el art. 1071 del Código Civil argentino, texto del decreto - ley 17711/68, abre una interesante brecha legislativa que permite acoger, con razones de fondo, la acción de eliminación del ataque, y aun, la declarativa de prevención, de garantía o inhibitoria. Las razones contrarias a esta última se apoyan en la peligrosa intromisión en la libertad de las acciones y en la necesidad del elemento subjetivo (dolo o culpa), situación que sólo puede juzgarse a posteriori del acto ilícito, o, por lo menos, después del primer ataque y de producida la primera lesión. Recuérdese que el art. 910 establece que "nadie puede obligar a otro a hacer alguna cosa, o restringir su libertad sin haberse constituido un derecho especial al efecto". Pero, cuando la norma del art. 1071, dice que "el ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto", está diciendo que el ejercicio irregular, o sea abusivo basta, y que todo derecho, comprendido el de la libertad (art. 910) debe ejercitarse bajo tales pautas. Caso contrario, se caería en el abuso por contrariarse los fines tenidos en cuenta por la ley, la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

He ahí cómo, por un rodeo, se introduce la antijuridicidad objetiva, prescindente de la culpa o el dolo, (toda violación a la ley, o a los fines queridos por ella, o las buenas costumbres y los principios de la buena fe); luego, deriva una obligación legal preexistente al ataque e indiferente de la culpa o elemento intencional. De donde, tanto la acción de supresión de un estado de hecho ilícito, o la abstención con carácter preventivo, tienen asiento legal, aun en defecto de culpabilidad, con mayor razón si se trata de derechos personalísimos, subjetivos absolutos, en el sentido de opuestos erga omnes. Se cumple de esa manera un deseo expuesto en el Quinto Congreso Internacional de Derecho Comparado de Bruselas año 1958, en el que se acogió esta ponencia de Micheli: "es deseable que en cada país exista la posibilidad de recurrir a los tribunales, no sólo en caso de violación ya efectuada de un derecho o de un interés jurídico, sino también, con las garantías convenientes cuando se trate de prevenir tal violación, en caso de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

amenaza objetiva y actual"(131)(2166).

Aparte de la interpretación que antecede sobre el art. 1071 del Cód. Civil, el Procesal Civil y Comercial de la Nación estatuye un tipo de proceso sumarísimo cuando se reclama contra un acto u omisión de un particular que, en forma actual, inminente, lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta algún derecho o garantía explícita o implícitamente reconocida por la Constitución Nacional. (Art. 321 inc. 1º). Las palabras que he subrayado: "inminente", "amenace" e "implícitamente", vuelcan un concepto proteccional amplio, comprensivo de la "azione inhibitoria" o declarativa para impedir el acto que se programa amenazadoramente. No sólo la reparación sino, también, la cesación inmediata de los efectos subsistentes o de la conducta continuada, y la prevención para evitar que un ataque que pronto habrá de suceder se haga efectivo. Los trámites simplificados y acelerados se guían por las pautas del art. 498 en sus cinco incisos.

Dicho art. 321 ha venido a consagrar la "acción de amparo" cuando el agravio proviene de un particular. La ley 16986 destinada a reglarla luego de su creación pretoriana, a diferencia de la injunction americana, restringió su ámbito a los actos y omisiones de autoridad pública. El Código volvió a los precedentes jurisprudenciales que la crearon (caso "Kot Samuel S.R.L."), y se protege contra personas privadas aun cuando el acto no se haya materializado(132)(2167).

Hasta no hace mucho existía el "juicio de jactancia", que no era más que un proceso declarativo. Sus orígenes son remotos, pues desde el derecho romano, con la ley diffamari (L. 5, lib. 7, tit. 14, Cód.), se podía evitar que se inquietara a los ingenuos manumitidos con difamaciones sobre el estado por error o por maldad, mandándose que el difamador se abstenga en lo sucesivo. Más tarde, en la Edad Media, se convirtió en un juicio de carácter patrimonial, que recibió nuestro Código de Procedimientos (arts. 425 y ss.), así como algunos de las provincias. Bibiloni hizo la crítica de la regulación puramente procesal sobre acciones de jactancia así como sobre sus limitaciones al radio patrimonial (art. 9º, título I, del Anteproyecto). Nuestro actual Código Procesal para la Nación, ley 17454, reemplazó dicha acción de jactancia por la "meramente declarativa", la cual extiende la mira proteccional a otros casos de los que aquélla se desentendía. "Podrá deducirse acción que tienda a obtener una sentencia meramente declarativa, para hacer cesar un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidad de una relación jurídica, siempre que esa falta de certeza pudiera producir un perjuicio o lesión actual al actor y éste no dispusiere de otro medio legal. . ." (art. 322). La variada gama de hipótesis contempladas en esa disposición, permite sostener, con el art. 321, que la tutela preventiva judicial (acto u omisión inminente, amenaza con arbitrariedad o ilegalidad) se extiende a la violación de los derechos y garantías constitucionales aun implícitas, y por actos de particulares, lo que facilita la defensa por contención de los derechos personalísimos que tienen arraigo constitucional. Con el 322, queda completo el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

panorama de dicha prevención judicial de garantía, dado que extiende su radio a todas las relaciones jurídicas a fin de hacer cesar los estados de incertidumbre perjudiciales.

La cesación del daño producido recibe su práctica aplicación en lo relacionado con la imagen, secretos, exhibición de películas que atentan contra la intimidad, discos, ataques por radiotelefonía, televisión, prensa, libros o folletos, etc., que contienen el elemento material cuyo secuestro y, en su caso, destrucción, es factible. Impedir que continúe el acto lesivo, la publicidad, etc., y destruir los clisés, caricaturas, parodias o bromas, escritos, tarjetas.

Por último, dando un paso más en la esfera preventiva, también debe contemplarse, con soberano sustento, la "legítima defensa". Es el empleo de la fuerza y el rechazo, para conservar derechos propios y ajenos que peligran y no es posible convocar la ayuda oportuna de la autoridad. La repulsa de la agresión ilegítima actual e inminente, que efectúa el atacado o una tercera persona contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporción de los medios empleados para impedir la o repelerla.

Si bien es el Código Penal el que la recepta y regula dando un concepto preciso (art. 34, incs. 6 y 7), para el orden civil, en aquellos casos de no punibilidad, debe aceptarse como defensa privada, o sea, medio de repulsa subjetivo para quien se encuentra y actúa en soledad ("autorictas monástica"); o bien si la situación planteada o las circunstancias impiden convocar el auxilio que las leyes brindan. La defensa del derecho personalísimo por medio de la fuerza, es inherente al derecho mismo, puesto que se actúa y se obra en función de ese derecho. La defensa se extiende a todos los bienes e intereses jurídicos, materiales o inmateriales, desde los más preciosos hasta los más ínfimos. Al principio, se la limitaba a la vida, para luego extenderla a todo lo relacionado con la persona (integridad física, sexual, moral); hoy se aplica con extensión ilimitada, sin excluir a los derechos patrimoniales. Con mayor razón aquellos que he catalogado de innatos, esenciales, interiores y absolutos. Y, naturalmente, en éstos, personalísimos, encuentra el campo propio porque median manifestaciones de la persona y porque los ataques suelen ser imprevistos, rápidos, en aquellos momentos en que es difícil llamar en auxilio a la autoridad; por la índole misma de los bienes afectados tanto físicos como espirituales, el sujeto agredido suele estar en soledad, o el tercero que pelagra y su defensor, por el apartamiento y la sorpresa, imposibilitados de conseguir el pronto amparo de la justicia.(133)(2168)