

LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL DEL PERÚ (1984) (UN ENSAYO COMPARATIVO)

GÁBOR HAMZA
Universidad de Budapest

1. OBSERVACIONES GENERALES

Es un hecho muy bien conocido que en todo el mundo la importancia de la defensa de los derechos de la personalidad está en nuestra época en acrecentamiento¹. Pero –tenemos que decir– la substancia de los derechos de la personalidad es muy discutida todavía². Es evidente que no hay una *communis opinio* en la doctrina.

El Código Civil Húngaro –la ley IV del año 1959– tiene una parte que se refiere a los derechos de la personalidad³. Sobre la base de la judicatura, introdujo la ley IV del año 1977 la cual era una *novella* del Código Civil, la indemnización no patrimonial, la cual era ya conocida antes, sobre la base del proyecto de Código Civil del año 1928⁴.

El fenómeno de la politización de los derechos de la personalidad constituye sin duda una novedad en nuestra época. De esta manera debemos hacer una diferencia entre los derechos “políticos” y los derechos “neutrales” de la personalidad. La esfera política de los derechos de la personalidad durante la segunda mitad del siglo pasado era diferente a la de nuestra época. Los derechos de la personalidad funcionaban en aquel tiempo –que abarca el primer decenio de nuestro siglo también– como defensa de las relaciones de la propiedad⁵. En aquella época –ahora desde hace ya unos sesenta años– estos derechos han ayudado a la situación de la autodefensa del propietario, mientras que ayudaron a la intervención por parte del Estado en esta esfera.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Ahora algunas breves observaciones sobre la historia de los derechos de la personalidad. La doctrina investiga generalmente la raíz de estos derechos –según la terminología italia-

¹ En este ensayo no hacemos una diferencia de carácter de principio entre los términos tradicionales “derechos naturales”, “derechos individuales” por un lado y “derechos humanos” o “derechos de la persona” por otro lado, aunque es evidente que en los últimos decenios –sobre todo a partir de la Segunda Guerra Mundial– la noción “derechos humanos” prevalece.

² La actualidad de esta problemática se puede consultar sobre la base de muchos materiales. véase sobre todo el estudio iniciado por la UNESCO: International Commission of Jurists: *The Legal protection of Privacy: A Comparative Survey of Ten Countries*. UNESCO International Social Science Journal 1972, p. 471, y el estudio comparativo elaborado por el Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales

privatrecht: *Der zivilrechtliche Persönlichkeits und Ehrenschtutz in Frankreich, der Schweiz, England und den Vereinigten Staaten von Amerika*, Tübingen, 1970.

³ En el Código Civil Húngaro los derechos de la personalidad están ubicados en la sección cuarta, segunda parte (Las personas), artículos 75-87. Los últimos dos artículos se refieren a los derechos del autor o del inventor.

⁴ En este lugar nos gustaría recordar que en Hungría el Derecho civil no ha sido codificado, sino hasta la promulgación del Código Civil del año 1959. La base de la jurisdicción ha constituido los diversos Proyectos del Código Civil (El primer proyecto completo data del año 1900). El Proyecto de Código Civil del año 1928 tenía prácticamente *vigor legis*.

na “diritti fondamentali della persona umana” – hasta el jusnaturalismo alemán del siglo XVIII⁶. Es una opinión unánime que en esta época los derechos de la personalidad tienen que ser interpretados como fenómeno de gran importancia contra el absolutismo feudal⁷.

Debemos dar cuenta del hecho que los derechos individuales tienen otra perspectiva en la filosofía social inglesa del siglo XVII. Los derechos de la persona según esta doctrina parecen ser parte integrante de la teoría general sobre la sociedad humana. Por ejemplo el sistema así llamado “cerrado” elaborado por Hobbes (En *Leviathan*) nos muestra y asimismo explica como pueden tener razón los derechos de la persona en la esfera “natural” que es sin duda independiente del Estado⁸. Los derechos de la persona –en esta perspectiva– pertenecen evidentemente a una esfera autónoma de la competencia del Estado. Esta perspectiva nos explica de manera excelente por qué razón tienen estos derechos en muchos casos concretos un carácter de violación de cuerpo.

Los modelos sociales elaborados por Hobbes⁹, Locke¹⁰ (*Two Treatises of Civil Government*) y Rousseau (*Contrato social*) están orientados hacia la sociedad y al mismo tiempo al *individuum*.

En las codificaciones del fin del siglo XVIII y del comienzo del siglo XIX¹¹ los derechos naturales de la persona son convertidos por un lado en los derechos de la libertad de los ciudadanos garantizados por las constituciones y por otra parte en la capacidad jurídica general. La transformación en la capacidad jurídica es un hecho que es conocido ya hace mucho tiempo¹². Un papel semejante juega la propiedad que funciona como instrumento de garantía de la actividad autónoma¹³.

Investigando la conexión entre el “propietario” y la “persona” debemos analizar sumariamente el desarrollo alemán. En el derecho alemán se puede observar el procedimiento de la abstracción¹⁴. En la esfera de las teorías sociales alemanas se puede observar la “liberación” de la “persona” del “hombre”. Este desarrollo se muestra entre otros en el

⁵ Véase esta problemática de modo detallado en SÓLYOM, L. *Die Persönlichkeitsrechte. Eine vergleichende historische Studie über ihre Grundlangen*, Budapest, 1984, pp. 135-193.

⁶ Hay que acentuar que ya en el siglo XVIII Samuel Pufendorf se ocupa de la sistematización de los derechos individuales. En el siglo XVIII Christian Thomasius y Christian Wolff elaboran una concepción de los derechos de la persona (derechos naturales). Véase LEUZE, H. *Die Entwicklung des Persönlichkeitsrechts im 19. Jahrhundert*, Bielefeld, 1962, pp. 18-25. Las características de la Escuela del Derecho Natural se muestran en la esfera de esta concepción también. Estas características son las siguientes: la forzada y puramente sobre la base de la lógica construida sistematización y la separación de la teoría de la praxis. Es también característica la visión completamente apolítica de los derechos de la persona.

⁷ Vide LEUZE, (n.6), p. 23.

⁸ La apreciación del *oeuvre* de Hobbes para la teoría sobre la sociedad (“Rationalisierung und Säkularisierung der europäischen Gesellschaftstheorie”) véase WIEACKER, Franz, *Privatrechtsgeschichte der neuzeit*, Göttingen, 1967, pp. 303-305.

⁹ Aquí hacemos referencia al hecho que Pufendorf fue sin duda seguidor de las ideas de Hobbes. Véase WOLF, E. *Grotius, Pufendorf, Thomasius. Drei Kapitel*

zur *Gestaltgeschichte der Rechtswissenschaft*, Tübingen, 1927, p. 86.

¹⁰ Entre los representantes del Derecho Natural fue sobre todo Thomasius un seguidor del pensamiento de Locke. Véase WOLF, (n.9), p. 106.

¹¹ *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten* del año 1794, el *Code civil* del año 1804 y el *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* del año 1811.

¹² El art. 83 de la Introducción del *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten* declara: “los derechos generales” sobre la base de la “libertad natural”.

¹³ El tipo ideal de la identificación de la “persona” con el propietario puede considerarse la regularización de la defensa de los derechos de la personalidad en el Derecho romano.

¹⁴ Se trata esta vez del desarrollo que tuvo lugar en el siglo pasado y no en la época medieval o del predominio de la Escuela del Derecho Natural. Para los representantes de la Escuela Histórica es muy característico que ellos derivan –en claro contraste con la concepción de la Escuela del Derecho Natural– los derechos de la persona del Estado (y no de la substancia del hombre). Sin duda es mérito de la Escuela Histórica el haber descubierto la noción del “historismo” (*Geschichtlichkeit*) que tiene importancia también desde el punto de vista de los derechos de la persona. Véase WIEACKER, (n.8), pp. 353-359.

hecho de la desaparición del derecho de las “iniurias”¹⁵. Este “factum” está en conexión muy estrecha con el hecho de que en Alemania se desarrolla la nueva “sociedad burguesa”¹⁶. Pero la desaparición del “hombre” de la esfera de la capacidad jurídica no puede ser considerada completamente exhaustiva. No cabe duda de que la aparición “moderna” de los derechos de la personalidad debe ser estimada en general como crítica del derecho privado liberal y al mismo tiempo del concepto abstracto de la propiedad.

Por eso conviene en este lugar echar un vistazo atrás para conocer cuál fue la situación de la defensa de la personalidad en el Derecho romano, mientras que tenemos en cuenta el hecho que la expresión *ius Romanum* no corresponde de ningún modo a un grupo coherente y homogéneo de principios y pensamientos jurídicos. Nos gustaría recordar primeramente que el Derecho romano estuvo –y está hay que añadir– en permanente cambio y perenne transformación¹⁷. Se puede constatar que el Derecho romano no se extinguió con la aniquilación política de las dos *partes* del *Imperium Romanum*, sino que por el contrario se impuso en diferentes casos, y los procesos que se estaban produciendo en ambas partes –*pars Occidentis* y *pars Orientis*– perecieron como tales, prosiguieron aunque bajo el influjo de nuevas condiciones políticas y sociales¹⁸. Es curioso señalar que se produjo un fenómeno insólito en la esfera de las instituciones humanas. El Derecho romano originó modificaciones importantes en la vida política y jurídica de los pueblos que lo recibieron¹⁹.

Por lo que dice relación con la recepción del Derecho romano tenemos que acentuar que no sólo el Derecho justiniano ha sido objeto de recepción, sino también –en forma general– el llamado Derecho prejustiniano. Substancialmente la recepción de este Derecho se puede desglosar en dos tipos: por una parte en recepción de primer grado, y por otro lado en recepción de segundo –o con otro término– ulterior grado²⁰. A nuestro entender, en la esfera de los institutos jurídicos concretos –como por ejemplo el terreno de la defensa de los derechos de la personalidad– el tipo concreto de la recepción del Derecho romano no tiene un papel demasiado importante. Por esta razón el análisis de la regulación del Derecho romano relativa a la defensa de los derechos de la persona tiene importancia en aquellos países también –por eso tales observaciones no son meras disquisiciones académicas– donde no se trata de una recepción de primer grado a causa de los acontecimientos históricos.

¹⁵ Jhering por ejemplo hace alusión al hecho de que la *actio iniuriarum* del Derecho romano no era conocida en el Derecho alemán de su época. Véase JHERING, Rudolf von, “Rechtsschutz gegen injuriöse Rechtsverletzungen”, en *Gesammelte Aufsätze*, III, Jena, 1886, p. 321.

¹⁶ A consecuencia de este desarrollo los *delicta privata* del Derecho romano son transformados en la responsabilidad general por daños patrimoniales por un lado y son ubicados en el Derecho penal moderno por otro lado. La raíz o con otro término la razón final de eso se halla en la metamorfosis del Derecho privado en Derecho puramente patrimonial.

¹⁷ Esta afirmación es válida también en nuestros tiempos en lo que concierne a los países donde el Derecho romano es vigente todavía en sentido formal. Véase ZIMMERMANN, R. *Das römisch-holländische Recht in Südafrika, Einführung in die Grundlagen und usus hodiernus*, Darmstadt, 1983 passim. Por lo que respecta a la noción “moderna” (actual) del

animus iniuriandi y de la *actio iniuriarum* véase ZIMMERMANN, R. cit. pp. 37-39 y 146-148.

¹⁸ En lo que concierne a la problemática de la revisión de la importancia jurídica –eso es en esencia la cuestión de la continuidad– de la caída formal de la *pars Occidentis* del *Imperium Romanum* (el año 476) véase VÁRADY, L. *Epochenwechsel um 476. Odoaker der Grosse und die Umwandlungen*, Budapest, 1984 passim.

¹⁹ En este lugar no se puede analizar la cuestión de la Recepción tal cual tuvo lugar antes de la Recepción formal por ejemplo la “Früzeption” en Alemania medieval. Véase sobre esta problemática WIEACKER, (n.6), pp. 97-124.

²⁰ Se trata de una Recepción de segundo o ulterior grado del Derecho romano en Europa por ejemplo en Hungría, donde jamás tuvo lugar una Recepción en el sentido formal. Véase de modo sintético sobre esta temática BÓNIS, G. “Einflüsse des römischen Rechts in Ungarn”, en *Ius Romanum Medii Aevi*, pars V, 10, Mediolani, 1964, passim.

3. DEFENSA DE LA PERSONA EN EL DERECHO ROMANO

Esta fugaz reseña en la cual analizamos la reglamentación de esta problemática en el Derecho romano en general, no tiene otra finalidad que la de dar a conocer cuál es el tipo de reglamentación jurídica que se refiere a la defensa de los derechos de la personalidad. Esta experiencia histórica nos demuestra el modo y la medida aplicados o utilizado por los romanos (por los jurisprudentes romanos) que sin temor de equivocarnos tiene una cierta actualidad todavía. Hay que mencionar que en esta esfera de modo muy evidente se muestra el método casuístico aplicado por los juriconsultos romanos, que dice con el debido acento Savigny en su obra "De la vocación de nuestro tiempo para la legislación y jurisprudencia" (Von Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft) escrita y publicada en el año 1814²¹.

Si echamos un vistazo sobre el "terminus technicus" *iniuria*, hay que señalar que la noción *iniuria* de los romanos tiene muchos sentidos²². Esta noción puede ser interpretada en el sentido de un acto de violencia contra el ordenamiento jurídico por una parte. Por otro lado la *iniuria* puede ser interpretada como un antecedente de nuestro moderno concepto de la defensa de los derechos de la personalidad. En lo que concierne al sistema romano debemos darnos cuenta del desarrollo histórico que se presentó en el terreno del Derecho romano. La vía que conduce de las *Doce Tablas* hasta el derecho pretoriano y hasta el derecho del *edictum praetorium* y a la codificación de Justiniano (*Corpus Iuris Civilis*) es muy difícil por su naturaleza²³.

Aunque tenemos que evitar el anacronismo, podemos decir que las huellas de la defensa de la personalidad se encuentran ya en el siglo V a. C. en el derecho de las *Doce Tablas*. Los casos concretos son los siguientes: *membrum ruptum*, *os fractum*, *iniuria*²⁴ y siglos después *malum carmen incantare* o *convicium*, la huella de la cual se halla ya en las *Doce Tablas*²⁵. No cabe duda, sin embargo, de que no tenía el Derecho romano de las *Doce Tablas* la noción general (o con la terminología alemana *Generaltatbestand*) de la *iniuria* —o con otras palabras— de la defensa de la personalidad²⁶.

²¹ Véase sobre la problemática del método casuístico de los juriconsultos romanos y en las constituciones imperiales en la literatura reciente VACCA, L. *Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano*, (Ristampa con appendice), Milano, 1982 passim.

²² Sobre la vastísima literatura en lo que concierne a la problemática de la *iniuria* en el Derecho romano da una reseña PÓLAY, E. *Iniuria-Types in Roman Law*, Budapest, 1986 passim.

²³ Durante la época postclásica los delitos contra la persona se castigan con sanciones de carácter criminal en claro contraste con el período preclásico y clásico en los cuales los casos de la *iniuria* pertenecen a la esfera del Derecho patrimonial. Véase de modo sintético KASER, Max, *Das römische Privatrecht. Die nachklassischen Entwicklungen*², München, 1975, p. 439.

²⁴ Los textos reconstruidos de las *Doce Tablas* que se refieren a la violación de la persona son los siguientes: 1. *Si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto*

(tab. 8.2). 2. *Manu fustive si os fregit librero CCC, si servo CL poena eo sunt* (tab. 8.3), 3. *Si iniuriam facit XXV poenae sunt* (tab. 8.4).

²⁵ El caso *malum carmen incantare* (tab. 8.1) originariamente no estaba en conexión con la violación de la persona. Es muy probable, según mi opinión, que también el *malum carmen* o *convicium* en una época posterior signifique un caso concreto de la violación de la persona. Esta era la situación en el siglo I a.C. como se puede constatar sobre la base de un fragmento del *De republica* (4.10.12) de Cicerón (*...si quis occentavisset sive carmen condidisset quod infamiam faceret flagitiumve alteri...*).

²⁶ Sobre la problemática de las *iniuriae* en el Derecho romano véase de la rica literatura LÜBTOW, U.v. "Zum römischen Injurienrecht", en *Labeo*, 15, pp. 131-167; MASCHKE, R. "Die persönlichkeitsrechte des römischen Inirien systems", en *Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts*, 10, Heft, Breslau, 1903; RABER, F. *Grundlagen klassischer*

Eso es evidente si nosotros tenemos en cuenta el sistema muy diferenciado de las sanciones de la violación de la persona. Es el *Edictum Perpetuum* promulgado hacia los años 130 d. C. que unificó siglos después los diversos casos típicos de la violación –no sólo la violación física– de la persona. La sanción de carácter patrimonial (la indemnización por daños y perjuicios) se muestra evidentemente como medida eficaz. Las medidas del Derecho procesal (las diferentes *acciones*) se multiplican también de manera que el procedimiento llega a ser extraordinariamente complicado. A consecuencia de eso, Séneca se refiere a Cato, quien dice que la víctima de *iniuria* por prudencia no va a procesar, teniendo en cuenta las muchas inconveniencias que lleva consigo tal proceso²⁷.

En resumen, podemos concluir que el concepto de la “personalidad” es sin duda ajeno al Derecho romano. Tampoco puede ser considerada la defensa de la “dignidad humana” como base de las *acciones* de la *iniuria*. En el Derecho romano se trata desde todos los conceptos de una defensa de los *valores* de carácter extremadamente concreto. De esta manera hay, sin duda, un cierto contraste entre la noción moderna sobre la dignidad humana y el orden de *valores* que aparecen en la esfera de las *iniuriae*. No hay sino un contraste entre la generalidad de la dignidad humana y la esfera relativamente estrecha de la defensa por las *acciones iniuriae*. La base de la defensa de la personalidad forman los *boni mores* en forma de la interpretación del *praetor*. Por eso son en el campo de las *iniuriae* la esfera del derecho (*ius*) y aquella ética (*mos*) inseparables.

4. DEFENSA DE LA PERSONALIDAD EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984 EN COMPARACIÓN CON ALGUNAS CODIFICACIONES EUROPEAS

Volviendo a la época moderna acentuamos que es de singular importancia que sobre la base del nuevo Código civil peruano por primera vez se establece de manera expresa en el ordenamiento jurídico el derecho al respeto de la imagen y de la intimidad de las personas. Muy importante es también según mi opinión el artículo 17 (texto: “La violación de cualquiera de los derechos de la persona a que se refiere este título, confiere al agraviado o a sus herederos acción para exigir la cesación de los actos lesivos. La responsabilidad es solidaria”) señala la *expressis verbis* que la responsabilidad por la infracción de ese derecho es solidaria. Eso significa la *extensión* de la responsabilidad –que tiene sin duda elementos del Derecho romano– y al mismo tiempo la extensión de la defensa –que es así más efectiva– de los derechos de la personalidad. De esta manera es responsable no solamente el infractor directo, a título de ejemplo el periodista en caso de infracciones a través de medios de comunicación masiva, sino también los que tienen una obligación *in vigilando* –en forma de culpa *in eligendo*– a título de ejemplo el director del medio de comunicación, la empresa propietaria del mismo. Esto es una solidaridad sin la cual tal responsabilidad no sería regulada de manera satisfactoria. Según mi opinión el provenir –o en otras palabras el *ius in praxi*– mostrará de qué manera esta regularización será eficaz.

No cabe duda de que como medida de la excesivamente eficaz defensa de los derechos de la personalidad puede considerarse el artículo 1984, el que se refiere al daño moral (texto: “El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo produ-

Injuriensprüche, Graz, 1969, y WITTMANN, R. *Die Körperverletzung an Freien im klassischen römischen Recht*, München, 1972.

²⁷Cum illi (sc. Catoni G.H.) os percussum esset,

non excaudit, non vindicavit iniuriam, ne remisit quidem, sed factam negavit: maiore animo agnovit quam ignovisset (Seneca, Dial. 2.14.3).

cido a la víctima o a su familia”). Es un hecho bien conocido que la doctrina ha tenido siempre mucha dificultad en ubicar el daño moral como un daño dentro de las categorías de la responsabilidad extracontractual²⁸. Si consideramos el daño moral como un daño extrapatrimonial en este caso no puede ser reparado patrimonialmente mediante una indemnización porque, *per definitionem*, es inapreciable en dinero (para los romanos *litis aestimatio*). Pero no hay duda de que tenemos que entender esta noción en el sentido de un daño patrimonial o -en otras palabras- económico. Si es así, este artículo otorga al juez esencialmente mayor libertad para determinar la indemnización. Esta libertad es muy semejante en cierto aspecto a la construcción de la *litis aestimatio* conocida en el Derecho procesal de los romanos.

En lo que concierne al Derecho romano podemos referirnos a las decisiones en las cuales hay referencia a un *pretium affectionis* y a las *actiones vindictam spirans*. La existencia del *pretium affectionis* y de las *actiones vindictam spirans* contienen sin duda elementos de la construcción del daño moral. En esta perspectiva no tiene importancia el hecho de que la *litis aestimatio* convierta todas las reclamaciones por daño y perjuicios en exigencias patrimoniales²⁹.

En cuanto al daño moral existe también el artículo siguiente (art. 1985, cuyo texto es: “La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción y omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el *daño moral* debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño”).

Sería en este lugar muy útil hacer una comparación con la regulación respectiva del daño moral en el derecho suizo. En el *Code civil* (Zivilgesetzbuch) suizo del año 1907 el artículo 28 (Texto: “Celui qui subit une atteinte illicite dans ses intérêt personnels peut demander au juge de la faire cesser. Une action dommages-intérêts ou en paiement d’une somme d’argent à titre de *réparation morale* ne peut être intentée que dans les cas prévus par la loi”) se refiere al daño moral. Este artículo general se complementa por el artículo 49 del *Code suisse des Obligations* del año 1881 (Texto: “Celui qui subit un atteinte dans ses intérêt personnels peut réclamer, en cas de faute, des dommages-intérêts, et, en outre, une somme d’argent à titre de *réparation morale* lorsque celle ici est justifiée par la gravité particulière du préjudice subi et de la faute. Le juge peut substituer ou ajouter à l’allocation de cette indemnité un autre mode de réparation”) llena el contenido el citado artículo del *Code civil* suizo³⁰.

Lo mismo se refiere al artículo 47 del *Code suisse des Obligations* (Texto: “Le juge peut, en tenant compte de circonstances particulières, allouer à la victime de lésions

²⁸ Hay que acentuar que la noción del daño moral (dommage moral, tort moral, Nichtvermögensschaden, immaterieller Schaden, immaterial damage, non-pecuniary damage) es relativamente un fenómeno reciente en la esfera del desarrollo jurídico europeo. Era sobre todo la Pandectística alemana en el siglo XIX la que rechazó con mucha vehemencia, sobre la base de los fragmentos del Digestum (D.9.1.3. Gaius; D.9.3.7. Gaius; D.14.2.2.2. Paulus. *Liberum corpus nullam recipit aestimationem*) la noción del daño extrapatrimonial. En contraste con la Pandectística la jurisdicción francesa ya en el siglo pasado aceptó la posibilidad de la constatación del daño moral por parte del juez. La más grande aplicación de esta noción se halla

en el terreno del Derecho anglosajón y del Derecho anglo-norteamericano.

²⁹ Véase sobre la función de la *litis aestimatio* (iusiurandum in litem) en conexión con la *condemnatio pecuniaria* KASER, Max, *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1966, pp. 286-289.

³⁰ Sobre esta problemática en el Derecho suizo puede consultarse un amplio tratamiento en las obras siguientes: TUHR, A. von, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts. Erster Bd. 3. Aufl. auf Grund der Ausgabe von A. Siegart neu bearb. H. Peter*, Zürich, 1979, pp. 125-130; y TERCIER, P. *Contribution à l’étude du tort moral et de sa réparation en droit civil suisse*, Fribourg, 1971 passim.

corporelles ou, en cas de mort d'homme, à la famille une indemnité équitable à titre de réparation morale"). El artículo 49 hace posible la reparación del daño moral con la condición que sea presente la culpabilidad por parte de la persona que causa el daño. Es además necesario que el daño causado sea extremadamente grave y al mismo tiempo la culpabilidad sea también particularmente grave. La diferencia entre el *Code civil* y el *Code des Obligations* está en la legitimación de la precisión del daño moral. El artículo 28 del *Code civil* suizo quiere disminuir los casos de daño moral precisando que éste sea posible solamente en los casos precisados por la ley. El artículo 49 del *Code des Obligations* en claro contraste con eso —con evidente intención de ampliar la esfera de aplicación del daño moral— otorga al juez la constatación de este tipo de daño. Esto evidentemente no quiere decir que debamos aceptar la doctrina representada sobre todo por los autores franceses según la cual el daño moral es un daño extrapatrimonial y consecuentemente es independiente del valor económico de la reparación del sufrimiento causado por el daño³¹.

El el *Código civil* de Hungría la constatación del daño moral está también relacionada con la gravedad del comportamiento de la persona que causa el daño a la víctima³². El artículo 354 del *Código civil*, que ubica el daño moral entre los artículos que se refieren a los diversos casos de la responsabilidad (capítulo XXX) dice: "El maleante es obligado a indemnizar el daño de la víctima, si el daño mismo dificulta la participación de la víctima en la vida social, o de otro modo dificulta su vida duradera o gravemente, respectivamente influye de modo desventajoso la participación de la persona jurídica en el tráfico económico" (En traducción no autorizada). Hay que acentuar que este artículo que se refiere al daño moral ha sido introducido en el *Código civil* del año 1959 (La ley IV del año 1959) sobre la base de una novela (La ley IV del año 1977)³³. Es muy problemática la definición del daño grave y duradero. Es sin duda tarea de la praxis precisar el concepto del daño grave o del daño duradero. En la esfera de la definición ayuda al juez la indicación del principio número 16 del Tribunal Supremo del año 1981 que precisa los diversos aspectos del daño moral (en la terminología húngara "daño no patrimonial").

Según esta indicación de principio del Tribunal Supremo son condiciones de la constatación del daño moral (daño no patrimonial) las siguientes: 1. la culpabilidad por parte de la persona hace daño a la víctima; 2. El daño tiene que ser grave y (en contraste con el

³¹ Véase para la doctrina francesa MAZEAUD, H. y TUNC, A. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Paris, 1966, I parte, pp. 262-268; y SAVATIER, R. *Traité de la responsabilité civile en droit français*, Paris, 1939, II parte, pp. 98-104.

³² En la doctrina húngara —sobre todo en la época feudal— el daño moral ha sido aceptado exclusivamente en la esfera del Derecho penal. Véase sobre esta temática GROSSCMID, B. *Fejezetek kötelmi jogunk köréből (Capítulos de la esfera de nuestro derecho de las obligaciones)*, Budapest, 1932, pp. 718-719. El daño moral (*immaterieller Schaden*) ha sido introducido en el terreno del Derecho privado sobre la base del artículo 272 del Código mercantil (ley XXXVII: 1875). En la esfera del Derecho privado el daño moral se ha recibido en el artículo 1140 del Proyecto de Código Civil del año 1900 (Segundo Proyecto). La misma regulación se halla en el proyecto del Código Civil del año 1928 (Tercer Proyecto). Sobre la base de estos Proyectos la

jurisprudencia ha aceptado en círculo extenso la noción del daño moral. Véase para la doctrina y la jurisprudencia ALMÁSI, A. *Nem-vagyoni kár a magyar magánjogban (Daño extrapatrimonial en el Derecho privado húngaro)*, Szeged, 1923; y SZLADITS, K. *Magyar Magánjog I-VI (Derecho privado húngaro)*, Budapest, 1939-1942, vol. III; MARTON, G. *Kártérítési kötelmek jogellenes magatartásból (Obligaciones de indemnización sobre la base del comportamiento contra legem)*, pp. 782-942.

³³ El Código civil del año 1959 ignoró la noción del daño moral. Según la doctrina de esta época en la sociedad socialista no puede aceptarse una indemnización *in pecunia* por un daño moral (extrapatrimonial). Véase EÖRSI, G. "Kártérítés a Polgári Törvénykönyvben" (Indemnización en el Código civil), en *A magyar Polgári Törvénykönyv öt tanulmányban* (El Código Civil húngaro en cinco estudios), red. G. Eörsi, Budapest, 1963, p. 261.

texto de la ley en el cual se halla la conjunción “o”) duradero. De esta manera estrecha el Tribunal Supremo el terreno de la aplicación del daño moral. 3. El daño puede referirse o al daño físico o al daño psíquico. 4. Los familiares de la víctima que ha perdido su vida tienen también la legitimación para procesar por el daño moral supuesto que han sufrido un daño no patrimonial. 5. El juez puede precisar en el mismo proceso un daño material y el daño moral a condición de que estos sean separados uno del otro. 6. El monto de la indemnización lo precisa el juez según todos los aspectos concretos del caso, con moderación. El juez debe considerar la edad, la situación financiera, la profesión de la víctima, la con-culpabilidad de la víctima y no en última instancia los recursos de la sociedad, es decir del Estado. La indemnización puede ser precisada tanto en un monto como en una renta (anualidad). 7. La legitimación por el daño moral no es transmisible por herencia.

5. CONCLUSIÓN

Al terminar este breve estudio de los derechos de la personalidad, hemos encontrado, sin duda, diferentes nociones de esta temática, que a nuestro modo de ver en esencia no son contradictorias y por eso no llevan a confusión. Parecen aconsejables las investigaciones sobre jurisprudencia romana y, sobre todo, la utilización en la moderna doctrina y jurisdicción del sistema casuístico del Derecho romano. Debemos recordar que el Derecho romano sirve como punto de vista de los derechos de la personalidad también –en su calidad como arte y técnica clásica de elaboración de la noción tradicional de la defensa de la persona– como base ideal de la comparación.

Concluyendo estas breves reflexiones en torno al tema de los derechos de la personalidad, estamos convencidos de que en el provenir las experiencias de la doctrina y jurisdicción (del *ius in praxi*) de los otros países además de la experiencia de carácter paradigmático del Derecho romano, que es derecho vigente imperio rationis ayudarán sin duda a resolver los problemas que surgen en la aplicación e interpretación concreta de los derechos de la personalidad que el nuevo *Código civil* del Perú contiene y regula.