

CAPÍTULO VIII

EL DERECHO CIVIL EN SU RELACION  
CON EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS  
DERECHOS HUMANOS

CARLOS PEÑA G.

2. El concepto de persona del derecho civil y los derechos de la personalidad

En los famosos Grundrisse<sup>8</sup> —que escribió previamente al Capital y que, según los exégetas, permiten enlazar conceptualmente a los Manuscritos de 1844 con su obra más tardía—, Marx recuerda un texto del Digesto para revelar el concepto de persona que subyace al derecho privado burgués: *"persona es el sujeto capaz de cambio"*. Ese texto clásico le sirve a Marx para poner de manifiesto de qué manera subyace a la codificación clásica un concepto de persona erigido en derredor de la propiedad y el intercambio. Esa codificación, en efecto, no consideró al tratar de las personas lo que hoy conocemos como derechos de la personalidad. La dimensión moral de la personalidad —que van a poner de relieve Kant, los liberales clásicos y las declaraciones de derechos— aparece omitida en toda la codificación moderna desde el Código napoleónico al BGB. Sólo cuando "el

<sup>8</sup> Karl Marx, *Los Fundamentos de la Crítica de la Economía Política* (Grundrisse der Kritik der Politischen Ökonomie), trad. de Agustín García Tirado, Alberto Corazón editor, Madrid, 1972, t. 1.

lenguaje de los derechos"<sup>9</sup> se generaliza, la nueva concepción de persona que a él subyace se expande hacia el derecho privado dando origen a la noción de derechos de la personalidad entendidos como derechos subjetivos de carácter moral. Aunque esta no es una opinión unánime, creo que existen buenas razones para mantenerla como una tesis de contenido conceptual y no meramente lingüístico<sup>10</sup>.

Con todo, es útil confrontar esa idea con la literatura disponible, donde podemos observar dos tesis:

En primer lugar, De Castro y Bravo, por ejemplo, considera exacta la idea arriba expresada, en cuanto a que la formulación de los derechos de la personalidad como una peculiar especie de derechos subjetivos fue tardía, pero *"no puede aceptarse en el sentido de que antes no se conociese la protección jurídica de los valores y de las facultades de la personalidad"*<sup>11</sup>. En apoyo de su tesis, De Castro cita preceptos del derecho griego antiguo y romano en que se contiene la protección de bienes atinentes a la esfera de la personalidad. El giro hacia la concepción de esos bienes como derechos fundamentales, explicaría su desaparición —según De Castro— de los códigos de derecho privado, del siguiente modo:

*En lo que a nuestra materia concierne, la interferencia del concepto de los derechos fundamentales fue pernicioso. Pues el hábito de considerarlos comprendiendo los bienes personales llevará a que primero, los civilistas se desentiendan de unos y de otros, como pertenecientes al Derecho Público y a que, después, sea difícil distinguirlos entre sí, lo que dificultará el conocimiento teórico y, sobre todo, la protección jurídica práctica de los bienes personales"*<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> Ver Eduardo García de Enterría, *La Lengua de los Derechos, La formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa*. Alianza ed., Madrid, 1994.

<sup>10</sup> A favor de esta postura: Ver Francesco Messineo, *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, 1952, pág. 386. El texto mantiene la idea que la categoría de los derechos de la personalidad —entendidos como derechos morales— es una conquista jurídica del último siglo. Así, la Constitución portuguesa de 1976 que reconoce el derecho a la integridad moral —artículo 26.1— y la inviolabilidad de otros derechos personales —artículo 34—; la Ley Fundamental de la República Federal Alemana de 1949, proclama que la "dignidad del hombre es sagrada y constituye deber de todas las autoridades del Estado su respeto y protección" —art.1.1—. Entre los códigos civiles que reconocen expresamente los derechos de la personalidad, están: El portugués de 1967, alemán de 1896 —con las prevenciones que luego se dirán—, el Código Civil suizo de 1907 y el italiano de 1942. Entre 1946 y 1949 los derechos de la personalidad fueron consagrados en los códigos civiles de Grecia, Egipto, Japón y Filipinas; en 1973, también en el Código Civil de Costa Rica. No todos están de acuerdo con esa idea o prefieren matizarla, aunque una lectura atenta indica que el desacuerdo es, más bien, lingüístico. La idea que me interesa defender no es lingüística, o sea, no afirma que sólo tardíamente se hable de "derechos de la persona", sino conceptual: afirma que sólo se les concibe como derechos morales afincados en la idea de autonomía, de un modo tardío.

<sup>11</sup> Federico de Castro y Bravo, "Los llamados derechos de la personalidad", en: *Anuario de Derecho Civil*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1959, pág. 1240.

<sup>12</sup> *Ibid.*, pág. 1245.

Así, en la codificación del siglo XIX aún dominan las leyes jusnaturalistas de los derechos innatos. En Austria y en el Código Civil de Galicia occidental (1797) se señala, como derechos innatos del hombre: el derecho a conservar la vida, el derecho a procurarse cosas para ello, el derecho a desarrollar su cuerpo y fuerzas espirituales, el derecho a defenderse a sí mismo y a los suyos, el derecho a afirmar su buena fama, en fin, el derecho a disponer libremente de lo suyo. En el Código austriaco de 1842, aunque se borró la enumeración, se mantuvo la afirmación de "Derechos que sin más corresponden como personas". Pero ya el Código Civil francés (1802) no contendrá ninguna referencia al tema, pues se sostenía que no le hacía falta, ya que estaba vigente la Declaración de derechos de 1789; ejemplo que fue seguido en general por todos los Códigos de los países que encabezaron sus constituciones con la Declaración de derechos<sup>13</sup>. En el decurso de la evolución del derecho civil tal situación irá cambiando, hacia la expresión de los derechos de la personalidad como derechos subjetivos<sup>14</sup>.

Desde una segunda mirada, el análisis de De Castro —en el sentido que los Códigos habían acogido tempranamente los derechos de la personalidad— es desmentido, al menos en lo que respecta al Código alemán (BGB), por Karl Larenz. Según este último, el artículo 823, parágrafo 1<sup>5</sup>, señala que está obligado a indemnizar los daños causados el que lesiona a otro antijurídica y culposamente en su vida, cuerpo, salud, libertad, propiedad u otro derecho<sup>16</sup>. Según la doctrina hasta hace poco dominante, a los citados

<sup>13</sup> Como excepciones se nombran al Proyecto de Código Civil español de 1867 y al Código Civil portugués de 1867.

<sup>14</sup> "Los códigos civiles que van entrando en vigor en este siglo XX —dice De Castro— abandonan la anterior confusión entre bienes de la personalidad de carácter civil y los derechos del hombre de carácter político o constitucional. En lo demás se diferencian bastante entre sí, por seguir algunas de las distintas direcciones teóricas adoptadas por la doctrina" (De Castro y Bravo, *op. cit.*, pág. 1246).

A propósito, De Castro recuerda el artículo 823 del BGB en el que se enumeran la vida, el cuerpo, la salud y la libertad como bienes cuya lesión puede originar una acción de daños y perjuicios: el Código Civil suizo de 1912, que dedica una sección a "la protección de la personalidad" (arts. 27-30): refiriéndose a la capacidad de derecho y de obrar, a la libertad (art. 27), a la protección de las relaciones personales (art. 28) y al nombre (art. 30); el Código Civil italiano de 1942, en fin, impulsado por la teoría de los derechos de la personalidad, ha regulado "los actos de disposición del propio cuerpo", señalando su límites (art. 5), el derecho al nombre (arts. 7 y 9) y ha sancionado el abuso de la imagen ajena. Se cita también el Proyecto de Código Popular alemán de 1942, al Código Civil griego de 1946, al Código Civil egipcio 1948 y al proyecto de reforma del Código Civil francés que establecen normas análogas. De De Castro, *op. cit.*

<sup>15</sup> Artículo 823, p. 1: "Al que con intención o por negligencia lesione ilegalmente a otro en su cuerpo, en su libertad, en su propiedad o en cualquier otro derecho, estará obligado para con aquél, a reparar el daño causado". *Código Civil del Imperio Alemán* (BGB), trad. por Alejo García Moreno, Centro Editorial de Góngora, Madrid, 1897.

<sup>16</sup> Un derecho de la personalidad, tempranamente reconocido en la legislación alemana, es el derecho a la propia imagen, en los párrafos 22 y ss. de la *Ley de Protección Artística, del 9 de enero de 1907*, según la cual queda prohibida la divulgación y exhibición pública de la imagen

bienes no se les atribuía el carácter de derechos subjetivos, pero el ataque antijurídico a unos de estos bienes tiene las mismas consecuencias que un ataque a un derecho subjetivo de carácter patrimonial. Ellos eran caracterizados por la posibilidad de emprender la vía judicial, especialmente para el reconocimiento de las pretensiones de eliminación y omisión de la perturbación<sup>17, 18</sup>.

Entre los bienes de la personalidad designados en el artículo 823, p. 1, no se encuentra el honor, el cual, no obstante, está protegido por diversos

de una persona sin su consentimiento, prohibición que no sólo afecta a la fotografía. Esto es con excepción de las reproducciones de personas contemporáneas conocidas, salvo que se lesione un interés legítimo del afectado.

<sup>17</sup> Cfr. arts. 12, 1.004, 1.065 y 1.227 del BGB.

<sup>18</sup> Resulta especialmente significativa la evaluación que hace Karl Larenz del BGB:

1. La protección de la imagen se refiere sólo a la exposición simbólica directa del aspecto corporal de la persona (fotografía, dibujos, retratos pintados), no comprendiendo la manifestación o exposición indirecta de una persona por otra en el teatro, cine, y menos la descripción en una novela, obra teatral, etc.

2. "La publicación de cartas, diarios íntimos y otras notas confidenciales análogas contra la voluntad de su autor sólo infringe la disposición legal que les otorgue protección como derechos intelectuales de su autor". No se les otorga protección a las cartas ordinarias y notas y recuerdos familiares. La jurisprudencia no ha interpretado analógicamente las normas de la propiedad intelectual para otorgarles protección.

3. "Tampoco existe protección alguna contra la publicación de informes y exposiciones de la vida privada y familiar, en las que comprensiblemente la publicidad carece de interés, pero que son adecuadas para comprometer a la personas a quien se refieren". No se prohíben en cuanto tales informaciones que sean verdaderas cuya forma excluya cualquier intención ofensiva.

4. A las referidas lagunas, se señala, habría que añadir otra más amplia y más peligrosa: la grabación magnetofónica sin consentimiento y su reproducción.

Para cubrir dichas lagunas en la protección civil de la personalidad, se levantaron algunas voces exigiendo el reconocimiento de un derecho general de la personalidad, incluyendo todos los intereses dignos de protección de la misma personalidad, como los llamados derechos especiales a que se refiere el artículo 823, p. 1 del BGB, debiendo éste gozar de la misma protección que la propiedad y los demás derechos patrimoniales. Pero dicho derecho fue negado por el Tribunal Supremo del Reich, por la opinión dominante, dada la amplitud e indeterminación del contenido de cláusula general de la formulación, que no se adapta al sistema de supuestos de actos ilícitos que sirve de base al BGB.

La doctrina alemana también rechazó el reconocimiento del derecho general de la personalidad, en especial Oertmann, quien comentando el artículo 1 del BGB, denegó la existencia de tal "nebulosa generalidad". También aparece el rechazo de este derecho general, pero con fundamentos algo distintos en la 13ª edición del manual Enneccerus-Nipperdey.

Sin embargo, después de la Segunda Guerra Mundial la situación había cambiado, pues la Constitución de la República Federal Alemana, en su artículo 1º ha declarado intangible la dignidad del hombre, y en su artículo 2º reconoce el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad. Así concluye Larenz que:

"Esta valoración tan acentuada de la personalidad tiene que hallar su expresión también en derecho privado. El Derecho fundamental del art. 2 -Constitución alemana- ha de considerarse como un derecho subjetivo incluso con respecto a todas las personas y por ello como 'otro derecho' en el sentido del artículo 823, p.1 del BGB".

Ver, Karl Larenz, "El derecho general de la personalidad en la jurisprudencia alemana", en: *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1963, pp. 641 y ss.

tipos penales y que gozaba, desde el punto de vista de la preceptiva civil, al igual que los otros derechos de la personalidad, al menos de una protección indirecta. Así el artículo 823, p. 2, declara que está obligado a indemnizar daños el que, en la misma forma que en caso de la infracción a un derecho, contravenga o infrinja la ley cuyo objetivo es la protección de otra persona. Otros bienes de la personalidad, expresa Karl Larenz, son protegidos en el derecho privado alemán por las disposiciones legales "únicamente en cuanto se trate de la infracción causante de daños producida dolosamente o contra las buenas costumbres"<sup>19</sup>.

Karl Larenz concluye entonces que...

"...según la situación legal vigente hasta hace poco, sólo eran protegidos derechos patrimoniales, por ejemplo, derechos de prenda, servidumbre, derechos de autor y patentes. El BGB sólo reconoció un solo derecho de la personalidad estrechamente delimitado y protegido por las pretensiones de omisión y eliminación, a saber, el derecho al nombre (p. 12)"<sup>20</sup>.

Sin embargo, el criterio cambió después de la Segunda Guerra Mundial, debido a dos razones fundamentales: por un lado, por la aspiración de atender y proteger en todos los terrenos a los valores de la personalidad en su libertad y dignidad humana que habían sido tan despreciados en la guerra y como consecuencia de ella; y por otro, por la formación de una conciencia sobre los riesgos cada vez mayores para las esferas de la personalidad representados o técnica y los medios de comunicación de masas<sup>21</sup>. Los derechos de la personalidad se equipararon a verdaderos derechos subjetivos, con la construcción de un derecho general de la personalidad.

La protección que el BGB prestó a la personalidad humana fue deficiente, puesto que se subordinó a condiciones de antijuridicidad y negligencia, y no se fundó en las condiciones y límites impuestos por la personalidad moral. La inclusión del derecho general de la personalidad en la práctica jurídica alemana a través del Tribunal Supremo federal es un acto de manifiesta creación judicial del derecho<sup>22</sup>, que solamente puede hallar su

<sup>19</sup> Ver artículo 826 del BGB.

<sup>20</sup> Karl Larenz, *op. cit.*, pág. 639.

<sup>21</sup> *Ibid.*, pág. 641.

<sup>22</sup> Karl Larenz, *op. cit.*, pp. 642 y ss. Allí Larenz registra la evolución experimentada por el Tribunal Supremo, de la siguiente manera:

1. La primera resolución donde el Tribunal Supremo Federal reconoció el derecho general de la personalidad se refiere a un caso de un diario que publicó en forma incompleta una rectificación que llegó como carta de un lector. La parte más destacada de la fundamentación del fallo dice:

justificación en un principio ético jurídico declarado con especial intensidad en la Ley Fundamental o Constitución Federal, en virtud del cual se ordena la protección de la dignidad e intangibilidad moral de la persona humana.

*"Una vez que la ley fundamental ha reconocido el derecho del hombre al respeto de su dignidad y el derecho del hombre al libre desenvolvimiento de su personalidad también en concepto de derechos privados 'erga omnes', en cuanto no infrinja los derechos de otros o no contravenga el orden constitucional o la moral, el derecho general de la personalidad ha de ser considerado como uno de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución".*

El Tribunal incluyó este derecho fundamental entre los "otros derechos" del artículo 823, p.1.

2. En la segunda de sus resoluciones, referida a la publicación del diario de Cosima Wagner, se insistió en la fundamentación anterior y además se invocó la analogía con el derecho de la personalidad del autor o propiedad intelectual. Después la doctrina de la jurisprudencia del Tribunal Federal se desarrollará a objeto de delinear y especificar el derecho general de la personalidad; y así, en la tercera resolución, se destacará la idea que para una más concreta delimitación de aquél, se requiere en cada caso una ponderación de los bienes e intereses en juego. La cuarta resolución se refiere a la toma de una fotografía en secreto con el fin de publicarla. Allí el Tribunal declaró que ya la toma de la fotografía era antijurídica y no sólo con su publicación. En la quinta resolución, en el caso de una firma que se sirvió de la imagen de un conocido caballista para realizar la propaganda a un producto que favorecía la actividad o instinto sexual, sin haber solicitado previamente su autorización. El jinete se sintió ridiculizado, más aún, cuando la propaganda daba a entender que debía sus logros deportivos a aquel producto. Las normas del BGB (artículos 253 y 847, P. 1) en general no otorgan por una lesión o infracción del honor o la propia imagen una compensación pecuniaria por los daños materiales que se ocasionen; sin embargo, el Tribunal Supremo federal reconoció tal derecho interpretando analógicamente al artículo 847 del BGB.

En otro caso muy parecido, caso *Gisenwurz*, señaló que la protección de la personalidad en el Derecho civil, estructurada en base al criterio valorativo de la Constitución, sería insuficiente si no se estableciera una sanción adecuada por los daños inmateriales. Al respecto, el Tribunal dijo que *"éste sería el caso general cuando el agente le afecte un reproche de culpa grave o cuando se trata de una violación del derecho de la personalidad de un carácter objetivo relevante"*.

En otra resolución el Tribunal Supremo federal, refiriéndose al caso de una grabación magnetofónica secreta, estableció que tal grabación era una infracción al derecho general de la personalidad, salvo que se hiciera en los medios de comunicación u otros semejantes, en que la persona del locutor resultaba indiferente.

3. En relación a los posibles conflictos de derechos fundamentales, el Tribunal Supremo Federal, en otra resolución, prefirió el derecho de libertad de información y de manifestación de opiniones (artículo 5 de la Grundgesetz) frente al derecho de la personalidad y del derecho al honor, en la ponderación entre ellos. Declaró entonces el Tribunal:

*"la prensa defiende intereses legítimos y de ahí que, en general, actúe conforme a derecho cuando dentro del ámbito de su función pública informa sobre asuntos de interés público o adopta una posición respecto de ellos. Pero no quiere decir que no haya que tener en cuenta los límites establecidos por la Constitución para los derechos protegidos del particular al libre desenvolvimiento de su personalidad y salvaguardia de su honor. Por ello, la prensa ha de examinar cuidadosamente sus fuentes de información para evitar exageraciones y considerar si existe una relación defendible entre los objetivos que la publicación le propone y la lesión que por ello se produce en el honor del interesado"*.

4. Larenz estima que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en relación al derecho general de la personalidad, no puede justificarse por los métodos de interpretación tradicional y por la cobertura de lagunas. Más aún, afirma que en rigor no existe laguna en el BGB, puesto que sólo podría hablarse de una laguna legal allí donde la ley sea incompleta de acuerdo con su propia intención e immanente teleología, y donde su complemento no se oponga a las limitaciones puestas por la ley misma para determinados supuestos de hecho, cosa que no sucede con el BGB, debido a que su sistemática no apunta en la dirección que tomó en realidad el Tribunal Supremo Federal. Es más, Larenz afirma que el reconocimiento del derecho general de la personalidad como una

Lo que los análisis anteriores muestran, es que la omisión en el tratamiento de los derechos de la personalidad por parte de Códigos como el napoleónico, el BGB o el Código de Andrés Bello<sup>23</sup>, no constituye, simplemente, una laguna o una mera insuficiencia legislativa. Una laguna –en este caso podría parecer una laguna axiológica y no meramente normativa– se verifica cuando un conjunto normativo posee menor alcance que las directrices que a él subyacen o que los valores que intenta objetivizar. En otros términos, una laguna –en el sentido que se acaba de explicitar– se verifica cuando las normas de un ordenamiento no protegen lo que sus principios declaran. Desde este punto de vista, los Códigos –como el nuestro–, juzgados desde los principios que los inspiran y los conceptos que a él subyacen, no presentan lagunas, sino lo que ocurre es que se trata de cuerpos normativos a los cuales se asocia un concepto de persona como sujeto de intercambio que no guarda relación con el concepto de personalidad moral que, en última instancia, inspira y a la vez justifica la noción de derechos humanos. La práctica jurisprudencial inspirada en ellos no pudo, por lo mismo, proteger la dimensión moral de la personalidad.

La dimensión moral de la personalidad se manifiesta en rasgos que cabe incluir analíticamente en el concepto de derechos humanos, como la autonomía o la inviolabilidad. La autonomía –que supone una cierta capacidad para discernir un cierto plan de vida conforme a una cierta noción del bien– supone la capacidad del agente para generar ideas razonadas acerca de sí mismo que, en conjunto, configuran su imagen y su honor. La lesión a la imagen y al honor han de estimarse por eso profundamente lesivas a la personalidad moral. Como lo sugiere Rawls, la autoimagen es un bien primario en la persecución del propio plan de vida<sup>24</sup>; lesionarla –sin que medie una razón justificatoria para ello– es lesionar la autonomía. Cuestión similar aconteció con la privacidad. La privacidad, entendida desde el punto de vista civil como la posibilidad que asiste a los sujetos de determinar una cierta esfera de secreto para sí mismos, importa ejercitar la autonomía en lo que atinge a la autoimagen. La protección de la privacidad aparece, así,

cláusula general contradice el fin teleológico de la norma del 823 del BGB, ya que el encuadramiento de este derecho dentro de aquellos a que se refiere el artículo 823, p. 1, implicó forzar la esfera querida por el BGB para los supuestos de hecho de los actos ilícitos, abriendo con ello la puerta para la formación de otras cláusulas generales, cuya implicancia generalizada en el ordenamiento significaría la disolución del sistema querido por la ley.

<sup>23</sup> Sobre el Código Civil chileno y la noción de derechos de la personalidad, Ver Francisco Merino Sch., "Consideraciones en torno a los derechos de la personalidad", en: Enrique Barros Bourie (ed.), *Familia y Personas*, Edit. Jurídica, Santiago, 1991.

<sup>24</sup> Para Rawls los bienes primarios son aquellas cosas que todo ser humano racional se supone que quiere tener para desarrollar su proyecto de vida, cualquiera sea el contenido de éste. Estos serían los derechos, libertades, los ingresos y las oportunidades. John Rawls, *Teoría de la Justicia*, trad. de María Dolores González, F.C.E., México, 1978, pág. 114. En el parágrafo 67, Rawls sugiere que el bien primario más importante es el autorrespeto o autoimagen. (*Ibid.*, pp. 485 y ss.).

como la protección de la autonomía. Pero también aparece como una manifestación del principio de inviolabilidad de la persona. El principio de inviolabilidad de la persona —que es una manifestación en el plano de los derechos humanos de una de las versiones del imperativo categórico de Kant— indica que un ser humano no puede ser utilizado, sin que medie su consentimiento y en general ni aun con éste, como recurso para ningún fin.

Haciendo pie en lo anterior, en lo que sigue me interesa examinar el modo en que es posible concebir, desde el punto de vista dogmático, ese conjunto de bienes, para examinar, luego, si, y de qué manera, reciben protección civil de parte de nuestro ordenamiento.

Como se ha establecido ya, por una parte, el derecho de la persona forma parte del derecho civil, y por otra, al derecho internacional de los derechos humanos subyace un concepto de persona que se construye en base a principios como la autonomía, la dignidad y la inviolabilidad.

## II. LOS DERECHOS A LA INTIMIDAD, AL HONOR Y A LA PROPIA IMAGEN

### 1. Génesis dogmática de los modernos derechos de la personalidad

La evolución histórica de la protección a los derechos inmateriales se remonta, como ocurre con la mayoría de las instituciones del derecho civil, al Derecho Romano. El honor en el Derecho Romano se encuentra ligado a la *iniuria*, entendida como una injusticia o ilícito. En una primera etapa, por medio de la *iniuria* se protegía a los sujetos de derecho de todos los actos de violencia que no implicaran un *membrum ruptum* y *os fractum*, es decir, aquellos actos que no significaran violencia física contra otra persona libre. Con posterioridad, se dicta el edicto *ne quid infamandi causa fiat*, que significó otorgar al pretor la facultad de valorar los actos que causaran infamia a un tercero. La dictación de la *Lex Comelia de iniuriis* (81 a.C.) es la primera manifestación clara de protección a la intimidad, particularmente consagra la inviolabilidad del domicilio, que puede ser entendida como una de las manifestaciones materiales del derecho a la intimidad. Sin embargo, es a partir del derecho pretoriano donde se desarrollan los conceptos ligados al honor de las personas, entendido como “*el estado de dignidad ileso, sancionado por las leyes y costumbres, el cual por culpa propia o por autoridad de la ley se disminuye o anula*”<sup>25</sup>. De todo lo anterior, queda cla-

ro que la evolución en la defensa del honor en el Derecho Romano sufre una marcada progresión desde la tutela de acciones que implicaran actos de violencia a la protección de los actos que significaran infamia a otro, para terminar también salvaguardando a las personas de las ofensas contra sus propios retratos.

Con todo, estos atisbos que aparecen en el Derecho Romano son sólo tenues manifestaciones de los derechos al honor y a la intimidad. La generalidad de los autores sostienen que, en cuanto al segundo —al que usaremos como modelo en la evolución de la fundamentación de los derechos inmateriales de la personalidad—, la aparición del concepto de intimidad sólo surge con el nacimiento de la burguesía y la desintegración del sistema feudal<sup>26</sup>. Con anterioridad, en el medievo, la intimidad aparece sólo en aquellas personas que pertenecen a la nobleza o ligadas al clero, situación privilegiada que les permitía apartarse o aislarse de la sociedad. Justamente esta posibilidad de aislamiento constituye uno de los anhelos de la burguesía que se acrecienta con el desarrollo económico y social.

El vínculo entre la burguesía y el nacimiento de la intimidad determinará el carácter altamente individualista, excluyente y elitista del concepto en el iusprivatismo burgués. En esta primera etapa de desarrollo la idea de intimidad constituye una extensión más del derecho de propiedad (*right to property-privacy*)<sup>27</sup>. De ese modo es que en la temprana formulación del derecho a la intimidad, hecha por Gómez de Amezcuza en el siglo XVII, como *Iure in Se Ipsum*, se considerara tal derecho como un *Iure Dominium* fundamentado en que el individuo era dueño de un arbitrio sobre todo aquello que el derecho no le prohibía expresamente. Dicho poder lo poseía sobre su cuerpo, vida, honor, fama, e incluso su alma y bienes espirituales<sup>28</sup>. Esta construcción está imbricada en la consideración patrimonialista de los derechos subjetivos del iusprivatismo burgués, para el cual la propiedad era el paradigma de la proyección al mundo externo de la personalidad humana en la sociedad moderna<sup>29</sup>. También es comprensible con la

<sup>26</sup> Algunos autores españoles sostienen que el nacimiento del concepto de intimidad es anterior al nacimiento de la burguesía, vinculando su aparición al cristianismo, considerando especialmente a San Agustín como el primer pensador occidental de la intimidad. Ver A. Truyol y Serra, y R. Villanueva Etchevarría, “Derecho a la intimidad e Informática”, en: *Informática e Diritto*, N° 1, 1975, pág. 173. cit. en Antonio Pérez Luño, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos ed., Madrid, 1990, pág. 321.

<sup>27</sup> Antonio Pérez Luño, *op. cit.*, pág. 322.

<sup>28</sup> Amelia Romero Coloma, *Los bienes y los Derechos de la Personalidad*, edit. Trivium, Madrid, 1985, pp. 17 y 106.

<sup>29</sup> La burguesía se servirá de la concepción patrimonialista de los derechos subjetivos, “con lo que utiliza ideológicamente un esquema argumental nacido en el iusnaturalismo racionalista para legitimar la apropiación de los frutos del propio trabajo, a la apropiación del trabajo ajeno”. Antonio Pérez Luño, *op. cit.*, pág. 320.

<sup>25</sup> Ver F. Herrero-Tejedor, *Honor, intimidad y propia imagen*, Edit. Colex, Madrid, 1990, págs. 33 y ss.

contemporaneidad de la distinción racionalista cartesiana entre la *Res Cogitans* y la *Res Extensa* que permitía la construcción de una relación dominical plena entre ambas substancias metafísicas. Esta tendencia argumentativa emergente en la época de la codificación provocó, como ya hemos señalado en este trabajo, que no se hayan arraigado los conceptos de los derechos de la personalidad —entre ellos el honor—. Ni el Código Civil francés, ni el italiano, ni los que en ellos se inspiraron contienen normas sobre los derechos de la personalidad. El Código Civil alemán no los regula, salvo el propio nombre. El Código Civil italiano de 1942 no los regula orgánicamente, sino sólo la disposición sobre el propio cuerpo y sus límites, el derecho al nombre y a la imagen. Sí lo hace en cambio el Código Civil portugués de 1966, en los artículos 70 a 81, en que se tratan los derechos de la personalidad.

El Código Civil español siguiendo la corriente mayoritaria es ajeno a los derechos de la personalidad, siendo la jurisprudencia la que los desarrolla<sup>30</sup>.

Sin embargo, la construcción reflexiva de la subjetividad que desarrollará y posteriormente el racionalismo moderno, con Christian Tomassius e Immanuel Kant, basándose en la primacía del fuero interno, culminará en este último en la afirmación de la personalidad como intangible y autónoma, principio que con una fundamentación intersubjetiva defenderán ejemplarmente en la actualidad John Rawls y Jürgen Habermas, y que subyace al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Esta nueva fundamentación es la más apropiada para comprender el estreno de la argumentación no propietarista del derecho a la intimidad como *right to privacy* en el Common Law en el siglo XIX.

En el mundo anglosajón la situación de los derechos de la personalidad y particularmente el honor, la intimidad y la propia imagen se encuentran

<sup>30</sup> El Tribunal Supremo español en la famosa sentencia de 6 de diciembre de 1912 reconoce el daño moral infringido por la lesión al derecho al honor: “La honra y la fama de la mujer constituyen los bienes sociales de su mayor estima y su menoscabo, la pérdida de mayor consideración que puede parecer en una sociedad civilizada”. Esta jurisprudencia se mantiene con posterioridad. Particularmente podemos citar la sentencia de 14 de diciembre de 1917 que se refiere al honor profesional de un médico; la del 12 de marzo de 1928, que reitera la doctrina de la 1912; las del 31 de marzo de 1930, 19 de mayo de 1934 y 25 de julio de 1945 que se refieren al honor del comerciante. La sentencia de 7 de febrero de 1962 sienta una doctrina general sobre el honor y emplea en su terminología la expresión “derechos de la personalidad”. Por último, en la sentencia de 17 de febrero de 1977 se reafirmó el concepto de honor como derecho de la personalidad:

“todo ser humano posee, como derecho de la personalidad, el derecho al honor individual que se integra por principios éticos y estimaciones sociales, determinantes de su patrimonio espiritual, que no cabe lesionar por injustos y ajenos ataques que perjudican el prestigio adquirido”.

Ver Xavier O’Callaghan Muñoz, *El derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen*, pág. 550.

ligados al concepto de *privacy*. La *privacy* encuentra su sustento teórico inmediato en la idea de libertad como autonomía individual, que aparece en la obra de John Stuart Mill. Para este autor existen dos ideas centrales: la primera establece que en todo lo que diga relación con la individualidad del ser humano existe independencia absoluta y no existe derecho a la injerencia; la segunda sostiene que sólo se pueden exigir responsabilidades y conductas sociales obligatorias en los aspectos que atañen a los demás<sup>31</sup>.

La cultura jurídica anglosajona, con tales antecedentes, elaboró un nuevo derecho subjetivo, que se conoce como “*the right to privacy*”. El origen de la *privacy* se encuentra en un artículo publicado en *Harvard Law Review* el 15 de diciembre de 1890<sup>32</sup>, por Samuel Warren y Louis Brandeis. En este trabajo se establece que las personas deben tener una real protección a la esfera de su intimidad, dadas las nuevas condiciones de la vida moderna que deja expuesta la privacidad a la inquietud ociosa de los nuevos medios de comunicación. Al mismo tiempo sostuvieron que el Common Law efectivamente reconocía un principio general de protección a la privacidad, entendida como control sobre la expresión de los pensamientos, sentimientos y sensaciones —o, según palabras del juez Cooley, a “el derecho a ser dejado en paz” (*right to be let alone*)<sup>33</sup>.

Al tiempo de publicación del artículo, el derecho a la intimidad tenía como fundamento al derecho de propiedad, en lo que se conocía como *privacy-property*<sup>34</sup>, lo que supone una relación de propiedad entre el sujeto y su vida íntima, por el cual sólo él tiene el derecho de hacer públicas cuestiones relativas a su intimidad. Los autores del artículo plantean que la

<sup>31</sup> John Stuart Mill, “On Liberty”, en: *Preface to Liberty*, Bacon Press, Boston, 1959, pág. 251.

<sup>32</sup> Los hechos son básicamente los siguientes: Mrs. Warren, hija del senador Bayard, de Delaware, casada con un joven y adinerado empresario de papel, que sólo un año antes había abandonado la práctica del derecho para dedicarse a los negocios, acostumbraba a dar en su casa de Boston frecuentes fiestas sociales. Los inquietos periódicos locales, y en especial la revista “*Saturday Evening Gazette*”, especializada en asuntos de la alta sociedad, proporcionaron acuciosamente la información de las mismas con detalles personales muy desagradables. El asunto llegó a su colmo con ocasión de la boda de una de sus hijas, y Mr. Warren se molestó seriamente, tanto que acudió a su compañero de estudios en Harvard, Louis Brandeis, que más tarde llegaría a ser juez del Tribunal Supremo y uno de los más destacados polemistas liberales del Common Law. Ambos publicaron el artículo de referencia en *Harvard Law Review*, vol. 4, Nº 5, el que ha sido considerado como el más sobresaliente ejemplo de la influencia de un trabajo jurídico sobre el derecho norteamericano. Cfr. William Prosser, “Privacy”, en *California Law Review*, Nº 48, 1960, pp. 383 a 423; citado en Herrero-Tejedor, *op. cit.* en nota Nº 25, pág. 35.

<sup>33</sup> Cooley’s *Elements On Torts*, 2ª edición, 1873, pág. 29; citado en Samuel Warren y Louis Brandeis, *El Derecho a la Intimidad*, trad. de Pilar Baselga, Edit. Civitas, Madrid, 1995, pág. 25.

<sup>34</sup> Warren y Brandeis explican cómo la teoría de la propiedad había desplazado por su mayor alcance a la teoría del contrato tácito que permitía ficticiamente a las cortes considerar desde el principio de buena fe —para sancionar como abuso de confianza— a las lesiones a la *privacy*. Ver Samuel Warren y Louis Brandeis, *op. cit.*, pp. 54 y ss.

intimidad no tiene su fundamento en el derecho de propiedad, sino que en la inviolabilidad de la persona humana<sup>35</sup>.

Luego de la aparición del artículo en la *Harvard Law Review*, los tribunales norteamericanos comenzaron a recoger en sus fallos el derecho a la *privacy*. Ya en 1896 el tribunal de Nueva York declaraba el derecho a la *privacy* en el caso *Marks v. Joffa*<sup>36</sup>. A partir de este caso se siguieron múltiples resoluciones que garantizaban el derecho a la propia imagen. Sin embargo, en el caso *Roberson v. Rochester Folding Box Co.* la Corte rechazó la demanda de una señorita que aparecía en una propaganda de harina bajo la frase "la flor de la familia". El rechazo a la *privacy* en el caso *Roberson v. Rochester Folding Box Co.* produjo una oleada de críticas a la judicatura, lo que tuvo como consecuencia que se introdujera por la legislatura del Estado de Nueva York los artículos 50 y 51 en la Ley de Derechos civiles. En estos preceptos se estableció que el uso del nombre, figura o retrato de cualquier persona sin su autorización escrita con fines publicitarios constituye un ilícito con derecho a indemnización. En la resolución del caso *Pavesick v. New England Life Insurance Co.* se consolida el derecho a

<sup>35</sup> En un contundente párrafo, Warren y Brandeis exponen su tesis:

"Estas consideraciones nos llevan a la conclusión de que la protección otorgada a los pensamientos, sentimientos y emociones manifestados por escrito o en forma artística, en tanto en cuanto consista en impedir la publicación, no es más que un ejemplo de la aplicación del derecho más general del individuo a no ser molestado. Es como el derecho a no ser encarcelado, agredido o golpeado, el derecho a no ser procesado mediante engaño, a no ser difamado. La cualidad de ser propiedad o posesión es inherente a cada uno de esos derechos, como lo es de cualesquiera otros que el derecho reconoce, y, dado que es éste el atributo que distingue a la propiedad, podría considerarse apropiado referirse a estos derechos como una propiedad. Pero, obviamente, se parecen poco a lo que, por regla general, se entiende por dicho término. El principio que ampara los escritos personales y toda otra obra personal, no ya contra el robo o la apropiación física, sino contra cualquier forma de publicación, no es en realidad el principio de la propiedad privada, sino el de la inviolabilidad de la persona". (Samuel Warren y Louis Brandeis, *op. cit.*, pp. 44-45).

<sup>36</sup> En este caso la fotografía del demandante había sido publicada sin su consentimiento patrocinando un concurso de popularidad. El fallo del tribunal de Nueva York estableció que:

"...ningún periódico e institución prescindiendo de su importancia, tiene el derecho a usar el nombre o la fotografía de nadie para tal propósito (compararlo con otro para que los lectores voten por el que les parezca mejor) sin su consentimiento. Un individuo tiene derecho a protección tanto en lo que se refiere a su persona como a su propiedad, y actualmente el derecho a la vida ha llegado a significar el derecho a disfrutar de la vida, sin la publicidad o molestia de una encuesta organizada sin autoridad. Los tribunales asegurarán, en tales casos, que el individuo tenga lo que muy bien ha sido definido como "derecho a ser dejado en paz". Los derechos íntimos deben ser respetados al igual que los deseos y sensibilidades de la gente. Cuando uno infringe la ley, invoca su ayuda o se pone como candidato para el apoyo público, entonces justifica la crítica y no debería quejarse de ella. Pero cuando uno está satisfecho con la intimidad de su hogar, tiene derecho a la paz de ánimo, y no se le puede poner en la parrilla, que la prensa caliente, de una rivalidad excitada, ni se puede votar por él en contra de su voluntad y de sus protestas". (Ver F. Herrero-Tejedor, *op. cit.*, p. 37, nota Nº 25).

la intimidad y sus manifestaciones, constituyéndose en el precedente más importante en el ámbito de la *privacy*<sup>37</sup>.

De esta manera es que entró en el "lenguaje de los derechos" el concepto de "derechos de la personalidad", en base a la elaboración anglosajona de la *privacy*, que junto a la herencia romanista, en cuanto a la protección del honor —de su lesión o *iniuria*—, crearon los medios necesarios para una auténtica tutela jurídica de la personalidad en su dimensión inmaterial.

## 2. Conceptualización de los derechos de la personalidad

Revisada la génesis histórico-dogmática de los derechos inmateriales de la personalidad, resulta conveniente determinar un marco conceptual de aquéllos.

En primer lugar, estipularemos que en general se trata de derechos fundamentales de la persona, protegidos por el derecho privado, cuyo punto de partida o referencia es la personalidad misma, de la que vienen a ser como su emanación o carácter íntimo y entrañable, y relativos a bienes personales, o sea, a las diversas manifestaciones internas de la personalidad<sup>38</sup>. Son inseparables, pues, al sujeto, pero se refieren a manifestaciones objetivas de aquél.

Su clasificación usual es la que distingue entre su dimensión material e inmaterial —o física y espiritual si se prefiere—. Entre los primeros mencionamos el derecho a la vida, las libertades, la integridad corporal y psíquica. A los segundos pertenecen los derechos que parcialmente han sido y serán el objeto de esta parte de la investigación: el derecho a la intimidad o

<sup>37</sup> Se sostuvo en la sentencia lo siguiente:

"Lo que hay que aclarar es si un individuo tiene un derecho a la intimidad que él pueda mantener y que los tribunales puedan defender contra toda invasión. Hay que tener en cuenta que antes de 1890 todo caso que pudiera haber llevado consigo el derecho a la intimidad, no se basó en la existencia de tal derecho, sino que fue fundamentado en un supuesto derecho de propiedad, o en la ruptura de confianza o de fidelidad, o algo parecido. Por esto, hasta ahora no se ha reconocido en ninguna sentencia la apelación a un derecho a la intimidad, independiente del derecho a la propiedad. Pero tal ausencia no tiene como conclusión la inexistencia de tal derecho. El derecho a la intimidad tiene sus raíces en los instintos de la naturaleza. Se le reconoce intuitivamente. Como testigo que pueda establecer su existencia está la conciencia. Se puede decir que nace de esas leyes llamadas a veces inmutables, porque son naturales, que se dan en todo tiempo y lugar, y que ninguna autoridad puede cambiar o abolir. (...) La libertad personal abarca el derecho a la vida pública tanto como el derecho correlativo a la intimidad". (Ver Miguel Urabayen, "Vida privada e información", Pamplona, 1977, pág. 108; cit. en Herrero-Tejedor, *op. cit.* en nota Nº 25, pág. 38).

<sup>38</sup> Nos apoyamos en las definiciones proporcionadas por Beltrán de Heredia en su discurso de recepción en la Real Academia de Jurisprudencia de España, Madrid, 1976; citado en José María Lete del Río, *El Derecho de la Persona*, Tecnos ed., Madrid, 1986, pág. 172; y por Santos Cifuentes, *Elementos de Derecho Civil, parte general*, edit. Astrea, Buenos Aires, 1988, pp. 28 y 33.



privacidad, al honor, a la propia imagen y a la identidad personal<sup>39</sup>, a los que se agrega, pese a su cariz marcadamente patrimonial, el derecho moral del autor<sup>40</sup>.

En los términos más apropiados, el español Beltrán de Heredia<sup>41</sup> los llama los derechos supremos del hombre, en consonancia con su carácter esencial de ser derechos fundamentales. Como ya lo señalamos, recordando a Gayo, pertenece a la primera de las partes del Derecho Civil –el Derecho de la Persona–, que subordina a todas las demás (el Derecho de los Bienes y al Derecho de las Obligaciones).

La doctrina ha resaltado su peculiaridad en el sistema civil, en atención a su heterogeneidad respecto de los otros componentes que forman el universo conceptual del Derecho Civil, en cuanto a que, dado que son derechos fundamentales, presentan propiedades que están restringidas o simplemente ausentes en las otras clases de derechos –los derechos reales, los derechos de crédito o de familia, los cuales se fundamentan en derechos derivados o derechos fundamentales de menor entidad (tal como la doctrina constitucional comparada más avanzada está de acuerdo en catalogar, por ejemplo, al derecho de propiedad, del que incluso exigen su desconstitucionalización junto al derecho al trabajo). Los derechos de la personalidad, como derechos fundamentales, respecto de los demás derechos del ordenamiento privado se superponen en la cumbre del sistema jurídico, sirviendo de presupuesto para los demás<sup>42</sup>, lo que problematiza inusitadamente la posibilidad de un tratamiento dogmático normal por parte de la doctrina privatista. Es entonces como ella los ha descrito del siguiente modo<sup>43</sup>: a) originarios e innatos; b) oponibles “*erga omnes*”; c) extrapatrimoniales; d) intransmisibles; e) relativamente intransferibles<sup>44</sup>; f) irrenunciables e imprescriptibles; g) necesarios y esenciales.

<sup>39</sup> Ver Fernández Sessarego, *Derecho a la identidad personal*. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1992. En dicho tratado, el autor hace alcances muy fructíferos de ese derecho respecto de la identidad sexual y su problemática jurídica contemporánea.

<sup>40</sup> El derecho al nombre preferimos sistemáticamente considerarlo un atributo esencial de la persona, antes que un derecho a la personalidad, según la distinción hecha más arriba.

<sup>41</sup> Citado en José María Lete del Río, *op. cit.*, nota N° 38.

<sup>42</sup> Ver Giuseppe Branca, *Instituciones de Derecho Privado*. trad. de Pablo Macedo, Edit. Porrúa, México, 1978.

<sup>43</sup> En esto seguimos a Castán Tobeñas hasta el atributo f), incorporando el g) a partir de Cifuentes. Ver José Castán Tobeñas, *Los Derechos de la Personalidad*. edit. Reus, Madrid, 1952, pp. 224 y ss; y Santos Cifuentes, *op. cit.*, pp. 30 y ss.

<sup>44</sup> Es aquí donde se muestra lo distintivo del derecho a la propia imagen, con una situación muy atenuada del carácter de intransferibilidad, como ya lo explicaremos. Respecto del punto, Cifuentes aclara que “no es posible cambiar el destino [de los derechos a la personalidad] en forma total y permanente, pero sí es posible hacer algún tipo de alteración parcial y transitoria”. Santos Cifuentes, *op. cit.*, pág. 32.

La expuesta caracterización sorprende por lo poco propicia que parece a su objeto, por cuanto emplea criterios –como la esfera patrimonial y sus mecanismos, su vigencia temporal y relación con el sujeto– que más bien son mejor explicados por aquello que explican, que viceversa. Esto es así, puesto que un derecho fundamental tiene su despliegue técnico-jurídico justamente en la fundamentación y delimitación de las técnicas específicas de creación y protección de derechos derivados o de derechos humanos de menor entidad.

La complejidad patente que la dogmática se esfuerza en reducir<sup>45</sup> a través de sus recursos usuales, como la conceptualización, clasificación y la caracterización, yace principalmente en la ya explicada heterotopía de los derechos fundamentales respecto de la más arraigada tradición del derecho privado, reflejada en los conceptos de persona incoherentes que representan.

El mejor ejemplo de esta dificultad es la construcción de la naturaleza jurídica de los derechos de la personalidad. Las alternativas aquí han sido tres: En primer término, la denegación del carácter de derecho subjetivo, motivada por su incongruencia con el esquema patrimonial de esa técnica (que supone una relación de propiedad que en definitiva se expresa en un poder concreto respecto del exterior, sea mediada por un derecho real o un crédito<sup>46</sup>); tal como es la tesis de De Castro y Bravo, quien prefiere hablar de facultades sobre bienes de la personalidad. En segundo lugar, la constatación de la presencia de varios institutos que asemejan las características procesales de los derechos subjetivos, pensando en una pluralidad de

<sup>45</sup> En esto atiendo a la explicación sociológica de la teoría de sistemas de Niklas Luhmann acerca de la función de la dogmática jurídica como reductora de la complejidad del entorno y situada en el imput del sistema jurídico. Niklas Luhmann, “Tesis sobre la dogmática”, en: *Dogmática Jurídica y Sistema Jurídico*, Cap. II, trad. de Ignacio de Otto Pardo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1974.

<sup>46</sup> La argumentación de esta tesis niega que un derecho, sobre todo uno pretendido inmaterial, pueda existir sobre cualidades inseparables del sujeto, no proyectables necesariamente a una relación social. Sobre los bienes de la personalidad habría, más bien, facultades (*facultates agendi*), distintas a los derechos subjetivos (como el uso y goce es distinto del derecho de propiedad); siendo en este caso no dependientes de un derecho determinado, sino de la condición misma de la personalidad. Esto tiene su más profunda explicación en la fundamentación asociada a la técnica usada por el iusprivatismo, que ya explicamos antes. Por ello mantenemos que la positivación de los derechos naturales, que tuvo su punto cúlmine en la Gran Revolución, tiene como objetivo la protección patrimonial de los individuos. De ahí que autores como Savigny manifiesten su negativa a que los derechos de la personalidad puedan ser objeto de derecho. Vid. Friedrich Karl Von Savigny, *Traité du Droit Romain*, trad. de Ghenoux, Librairie de Firmin Didot Frères, Paris, 1856, pág. 53; citado en Antonio Pérez Luño, *op. cit.*, pág. 319. Ver también Roger Nerson, *Les Droits Extrapatrimoniaux*, LGDJ., Lyon, 1939. Ahora, en una visión más amplia, hay que tener presente que la teoría política del primer liberalismo explica a la sociedad estrictamente a partir del individuo, el cual en sí es una conceptualización desde el dominio de la propia persona y sus propias capacidades. Ver Crawford Brough Macpherson, *La Teoría Política del Individualismo Positivo*, trad. de Capella, Edit. Fontanella, Barcelona, pág. 225.



poderes jurídicos respecto de intereses legítimos, como sería la tesis de la pluralidad de derechos de Alvaro de Cupis<sup>47</sup>. En fin, la tesis que sostiene la existencia de un derecho unitario de la personalidad, dentro del cual quedarían comprendidos los derechos especiales (*Sonstige Rechte*) claramente positivados, elaborada por los juristas alemanes y suizos (Otto Von Gierke, Specker y otros<sup>48</sup>).

Empero, tal como mostró la citada evolución alemana (Larenz), fue la última posición la que mejor respondió a la refundamentación de los derechos de la personalidad, ejemplificada en la consagración del principio de dignidad humana en el artículo 2º de la Grundgesetz –Ley Fundamental alemana de 1949– de Bonn. Este pasa a ser el nuevo fundamento o *Grundwert* de todo el ámbito de lo jurídico en general, en sus dos dimensiones: como garantía de que la persona no va a ser objeto de ofensas y humillaciones; y como afirmación positiva del pleno desarrollo de la personalidad de cada individuo, que a su vez involucra la autodisponibilidad sin interferencia externa de las posibilidades de actuación propias de cada hombre, y la autodeterminación o autonomía surgida de la libre proyección histórica de la razón humana<sup>49</sup>.

El referido principio de igual dignidad de las personas, paradigmáticamente formulado, se encuentra emplazado al comienzo de la Declaración Universal de los DD.HH.:

Artículo 1º: “*Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros*”.

Ahora trataremos algunos, los más importantes<sup>50</sup>, de los derechos inmateriales de la personalidad en específico, conceptualizándolos desde el derecho privado y revisando su protección en el ordenamiento interno chileno. En cuanto a ellos, nos proponemos revisar tres cosas: su conceptualidad, asentamiento en el derecho internacional de los derechos

humanos y, en fin, los medios de protección que dispone el derecho interno para tutelar los derechos de la personalidad, relacionándolos con los sistemas del derecho comparado y el grado de adecuación a las obligaciones internacionales de Chile en materia de Derechos Humanos.

Previamente, sí, y hablando genéricamente de los sistemas de protección de los derechos a la personalidad, para después evaluar su tutela concretamente, diremos que es posible distinguir tres formas de protección<sup>51</sup>: primero, el sistema compensatorio, cual es la indemnización de daños y perjuicios mediante el sistema de responsabilidad extracontractual –aunque rara vez podría proceder la responsabilidad contractual, como en el caso del abuso de confianza a propósito de la privacidad y la propia imagen–, típicamente civil; segundo, la reposición in materia o especie, o sistema reparatorio, que involucra, cuando la naturaleza del derecho y de la lesión lo permiten –como es el caso del honor–, la realización de actos que hagan desaparecer o rectifiquen el perjuicio (la difusión de la réplica, los descargos o la retractación pública del ofensor), y en tercer lugar el sistema negativo, destinado a suprimir o eliminar el ataque, el cual puede operar, sea administrativa, como acción inhibitoria o –y esto último es lo usual– penalmente, que debe funcionar siempre en forma represiva<sup>52</sup>.

### 3. El derecho al honor

Es el más antiguo de los valores que aquí estamos tratando, y el que más extraño aparece a la dogmática privada, tanto por ser en general un derecho personalísimo como por sus resonancias aristocráticas. De allí que la delimitación conceptual del bien jurídico honor resulta bastante complicada, de forma que casi aparece como un concepto indeterminado, aunque no llega a serlo<sup>53</sup>. Los problemas son de un doble orden: por una parte, no se encuentra en la Constitución ni en otros textos legales definiciones al respecto<sup>54</sup>, y por otra, se trata de un concepto que es mutable, es decir,

<sup>47</sup> Ver Amelia Romero Coloma, *op. cit.*, pág. 17.

<sup>48</sup> Niepperdey definió el derecho general de la personalidad como “*el derecho a la conservación, invulnerabilidad, dignidad, designación reconocida y libre actuación, de la personalidad en todas direcciones*”; citado en: José Royo Jara, *La protección del derecho a la propia imagen*, Edit. Colex, Madrid, 1987, pág. 32. Respecto a Gierke, Ver Otto Von Gierke, *Deutscher Privatrecht*, Vol. I, Duncker Verlag, Leipzig, 1885, pp. 703 y ss.

<sup>49</sup> Para una concepción de la dignidad humana, ver Ernst Bloch, *Derecho Natural y Dignidad Humana*, trad. de F. González Vicén, Aguilar ed, Madrid, 1980.

<sup>50</sup> Díez-Picazo llama a los derechos al honor, imagen e intimidad, en cuanto bienes no materiales de la personalidad, como aquellos que contribuyen a formar el estado social de la misma. Ver Luis Díez-Picazo, *Sistema de Derecho Civil, Tomo I*, 8ª edición revisada, Tecnos Ed., Madrid, 1992, pág. 355.

<sup>51</sup> Este esquema lo tomo de Santos Cifuentes: *op. cit.*, pp. 354 y ss.

<sup>52</sup> El moderno derecho penal excluye las medidas de seguridad, propias del derecho penal preventivo.

<sup>53</sup> Su técnica, como la de los otros derechos personalísimos, es la de los derechos fundamentales, diversa de aquella técnica legal de la cláusula general de que nos habló Larenz a propósito del principio general de la personalidad en el BGB, que permitía la irrupción de los derechos, como de la otra técnica legal que representan los conceptos jurídicos indeterminados, como los de utilidad pública y buenas costumbres, los cuales, si bien tienen algunos rasgos formales que consensuadamente los identifican, como las decisiones en torno al bienestar del gobierno en el caso de la utilidad pública, substancialmente son conceptos válvula que requieren su constante concreción por el juez en aplicación tanto de principios como de directrices políticas. La técnica de los derechos fundamentales los provee de lo que la doctrina llama “esencia”, como lo veremos en la parte final, que los define a la vez que delimita.

<sup>54</sup> En las Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Sesiones 129ª y 130ª, celebradas el 12 y 17 de junio de 1975, se estudió la garantía relativa al respeto a la vida privada y a la honra de la

que varía según las circunstancias sociales y culturales de la comunidad. En la cultura occidental podemos recordar su esencial ambigüedad, que desde la lírica homérica ha oscilado entre un don de sí mismo, aristocrático y elitista, manifestado en una relación social de privilegio en que la cualidad del sujeto involucrado se expresa diferencialmente frente a los demás, y la autoimagen del yo que proyecta al ser humano en una disposición ética de su existencia, tal como lo simboliza Aquiles en la *Ilíada*, arquetipo del honor, con sus dos actitudes, en su disputa de poder con Agamenón y luego en su muerte en el intento de vengar el final infame de su amigo Patroclo<sup>55</sup>.

Su origen en el honor especial de ciertos estamentos en las sociedades aristocráticas y cortesanas —donde no había un criterio unitario, sino distintas clases sectoriales de honor (decencia, doncellez, crédito, confianza, valentía y prestigio), y donde definitivamente los estamentos subalternos carecían de honor— sufrirá un proceso de democratización en la modernidad que extenderá su alcance a todos los sujetos de derecho<sup>56</sup>.

Ahora bien, en cuanto a la extensión universal del derecho al honor, se ha discutido la posibilidad de que las personas jurídicas puedan ser titulares

persona y su familia. En el debate no se establecen claros criterios diferenciadores entre los conceptos de intimidad, vida privada y honor. Sin embargo, algunas luces se dan al respecto. El Sr. Ovalle declara que los vocablos honra y honor no son sinónimos, la primera se refiere a la "estima y respeto de la dignidad propia" y el segundo es la "cualidad moral que nos lleva al más sereno cumplimiento de nuestros deberes respecto del prójimo y de nosotros mismos". Más adelante el Sr. Jaime Guzmán manifiesta que resulta más apropiada la utilización del vocablo antes que de "intimidad", el de "vida privada", porque "el primer concepto se expresa en forma más adecuada y completa en la noción de privacidad, porque ésta envuelve el ámbito de una zona de la vida de la persona que debe quedar precisamente excluida de la noticia o de la invasión externa". Más adelante señala que en la Constitución no se pueden establecer límites precisos que determinen cuando nos encontramos ante un atentado a la privacidad, por lo que "habrá que entregar a la jurisprudencia el ámbito exacto en que cada caso y según las circunstancias vaya queriendo configurar las zonas de privacidad que no deben ser invadidas".

<sup>55</sup> Ver el estudio colectivo e interdisciplinario coordinado por Marie Gautheron, *El Honor, imagen de sí mismo o don de sí, un ideal equívoco*, Edit. Cátedra, Madrid, 1992.

<sup>56</sup> El Tribunal constitucional español ha declarado en Sentencia 19/83 del 14 de marzo:

"la legitimación para interponer recursos de amparo [constitucional, más amplio que el homónimo chileno] no corresponde sólo a los ciudadanos, sino a cualquier persona —natural o jurídica— que sea titular de un interés legítimo, aun cuando no sea titular del derecho fundamental que se alega como vulnerado" (Cfr. Gil-Robles, J.M., *El derecho al honor de las personas jurídicas*, pág. 650).

Sin embargo ha expresado también que es ...

"inadecuado hablar del honor de las instituciones públicas o de clases determinadas de Estado, respecto de las cuales es más correcto, desde el punto de vista constitucional, emplear los términos de dignidad, prestigio y autoridad moral, que son valores que merecen la protección penal que les dispense el legislador, pero que no son exactamente identificables con el honor, consagrado en la Constitución como derecho fundamental, y, por ello, en su ponderación frente a la libertad de expresión debe asegurárseles un nivel más débil de protección del que corresponde atribuir al derecho al honor de las personas públicas o de relevancia pública" (Stc. 107/1988, de 8 de junio de 1988, BOE de 15-6-1988).

de él. En la postura afirmativa tenemos a De Castro<sup>57</sup>, quien reconoce la posibilidad de que las personas jurídicas sean titulares de derechos fundamentales<sup>58</sup> y justifica su aseveración en el entendido que el derecho les otorga capacidad jurídica (artículo 38 del Código Civil español - artículo 545 del Código Civil chileno). Por otra parte, O'Callaghan dice al respecto:

*"el honor es un derecho fundamental, reconocido en la Constitución, al ciudadano, pero el ciudadano como ser humano: es la persona física quien tiene derecho al honor como derecho de la personalidad, el cual está reconocido constitucionalmente como derecho fundamental. Todos los conceptos doctrinales y jurisprudenciales que se han dado sobre el honor, vienen referidos a la persona física"*<sup>59</sup>.

Cosa distinta es, según O'Callaghan, el que la persona jurídica esté legitimada procesalmente para impetrar la protección al honor cuando sus miembros sean lesionados en tal derecho.

Si bien la generalidad de la doctrina repite que sólo es posible distinguir dos ámbitos del derecho al honor<sup>60, 61</sup>, el subjetivo y el objetivo, nosotros debemos, conscientes de su evolución, percatarnos que el cambio en el estilo argumentativo de este derecho marca una diferencia en su alcance también.

<sup>57</sup> De Castro señala:

*"...el concepto de persona jurídica, al popularizarse, se ha simplificado y se aplica de un modo mecánico, lo que a su vez, facilita y empuja a que sea utilizado por legisladores y jueces. Despojada de complicaciones teóricas, se emplea usualmente para designar y justificar, al lado del hombre, unos entes con capacidad jurídica y de obrar dignos de una protección jurídica igual (salvo alguna especial excepción) a la atribuida a la persona natural"*. (Ver De Castro y Bravo, *La Persona Jurídica*, Edit. Civitas, Madrid, 1984, pp. 211-212).

<sup>58</sup> Se han reconocido como posibles derechos fundamentales de las personas jurídicas, el derecho a la igualdad ante la ley, la integridad moral, la libertad de culto, el honor, en algunos aspectos la intimidad, la inviolabilidad de domicilio, el secreto en las comunicaciones, la tutela judicial efectiva, el derecho de propiedad y la libertad económica.

<sup>59</sup> Xavier O'Callaghan Muñoz, "El derecho al honor", en: *Actualidad Civil*, Madrid, 1989, pág. 367. Su tesis se resume diciendo que el reconocimiento de los derechos fundamentales a las personas jurídicas no puede ser absoluto, puesto que existen derechos que sólo pueden ser esgrimidos por las personas naturales, como es el caso del derecho al honor.

<sup>60</sup> Esta posición no es unánime. En la doctrina es posible encontrar autores que rechazan la distinción de las dos dimensiones del derecho al honor. Para Fernández Sessarego el honor se instala sólo en el ámbito de la subjetividad y, consiguientemente, sólo reconoce una dimensión del derecho al honor que está dada por el sentimiento que tiene el sujeto de su propia dignidad, y la dimensión objetiva, agrega el mismo autor, que está dada por la valoración externa o aprecio social que tiene la comunidad. La designa bajo el vocablo de reputación. Ver Fernández Sessarego, *op. cit.*, pp. 186 y ss.

<sup>61</sup> La jurisprudencia del Tribunal Supremo español ha establecido claramente con esta nueva fundamentación los elementos componentes del derecho al honor. Ver sentencia del 23 de marzo de 1987.

En el mismo sentido la Corte de Apelaciones de Santiago en sentencia de Recurso de Protección interpuesto por el empresario Andrónico Luksic y otros en contra del periodista Francisco

En primer lugar, desde la óptica tradicional, las dimensiones del honor son dos: primero, encontramos el ámbito subjetivo interno (honor), que corresponde a la estimación que el sujeto tiene de sí mismo; y segundo, el ámbito objetivo externo (honra), que dice relación con la estimación o valoración social que tienen los terceros de las calidades morales de un sujeto determinado<sup>62</sup>. Tal distinción invoca un criterio meramente fáctico, o sea, de cómo las cosas son en los hechos, que complica la capacidad de la práctica para resolver los problemas que el honor involucra, ya que al referirse a la realidad del sentimiento social o íntimo del honor, siempre presenta el dilema de que al deber ser un principio que opere igual para cada situación, no puede proteger la simple lesión al ámbito interno por las diferentes perspectivas de sí mismo que tiene cada uno, teniendo que reaccionar sólo cuando además está comprometido el ámbito objetivo<sup>63</sup>, caso en el cual queda a merced de las diferencias sociales de prestigio que tenga la clase a que pertenezcan o a la actividad que realicen el ofendido y el ofensor.

Ese criterio debe ser necesariamente complementado —tal como lo señaló Hirsch— con un elemento normativo: el mentado principio de la igual dignidad humana, que funciona como fundamento y marco regulador para delimitar el bien jurídico honor<sup>64</sup>. Dicho principio, con sus dos dimensiones

permite redefinir los ámbitos del honor en dos componentes<sup>65</sup>: uno estático, señalado por la exclusión de cualquier ataque o desconsideración a la igual dignidad de toda persona, base absoluta y equivalente para cualquier sujeto; y otro dinámico, que se aplica al desarrollo en relación del sujeto, es decir, a su desenvolvimiento en la participación social (*mitsein*), dimensión que permite adecuarse a las situaciones concretas en que el sujeto está inmerso para ponderar el bien jurídico honor en el caso<sup>66</sup>.

De este modo es que encontramos que la mejor conceptualización del honor, es decir, junto al penalista chileno Juan Bustos, que el honor es la concepción jurídica de la posición participativa del sujeto<sup>67</sup>. Tanto desde la base de su participación esencial en la especie humana y su dignidad, como en las relaciones sociales concretas que desarrolla, a las que propiamente podemos llamar la "sombra de una persona"<sup>68, 69</sup>. Con tal claridad es comprensible que el bien jurídico tutelado posee necesariamente una componente social o exterior que es inseparable de la llamada dimensión interna.

Referente tanto al honor como de los otros derechos inmateriales, la Declaración Universal de los DD.HH. señala:

Artículo 12º: "Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques"<sup>70</sup>.

En otra formulación, específicamente referida al honor, el Pacto de San José de Costa Rica expresa que:

Martorell, por la publicación del libro "Impunidad diplomática", que relata la supuesta vida licenciosa del ex embajador argentino en Chile, Espinosa Melo, y de los recurrentes, estableció en el considerando 7º del fallo:

"...Por su parte, el término honra tiene dos acepciones: a) Subjetivo: es el aprecio que cada uno siente por sí mismo, y b) objetivo: que es la reputación o buena fama que los terceros tienen de uno, amparando la Constitución el segundo aspecto, pues el primero queda en el fuero interno del sujeto, en cambio, el objetivo forma parte de la convivencia social y ésta es la que regula el derecho, toda vez que constituye la proyección de la dignidad del ser humano" (Revista Fallos del Mes Nº 415, 1993, pp. 347 a 360).

<sup>62</sup> Esta misma idea la reafirma O'Callaghan, quien señala que el derecho al honor "es un concepto esencialmente relativo. Se puede considerar en sentido subjetivo como sentimiento de nuestra propia dignidad y en sentido objetivo, como el reconocimiento de esta dignidad por los demás"; ver Xavier O'Callaghan Muñoz, *op. cit.* en nota Nº 59, pág. 547. Otro autor, Alvaro De Cupis, señala que el honor equivale a la "dignidad personal reflejada en la consideración de los demás y en el sentimiento de la propia persona. Distingue, así, el aspecto objetivo y subjetivo, es decir, la consideración externa y la interna, o también, la distinción de las dos dimensiones del honor, la puramente individual y la de carácter social". Alvaro De Cupis, *I Diritti della personalità*, Milano, 1982, pág. 230; cit. en Herrero-Tejedor, *op. cit.* en nota Nº 25, pág. 74.

<sup>63</sup> El concepto de honor comporta ambos aspectos, pero como se exige el elemento de la divulgación, porque no es pensable la protección jurídica del derecho al honor, por un ataque al mismo en su único aspecto individual. Sin embargo, el ataque al honor en su aspecto externo, lleva consigo necesariamente el de su aspecto interno o individual. Ver Xavier O'Callaghan, *op. cit.* en nota Nº 59, pág. 554.

<sup>64</sup> Ese fue precisamente el aporte de Hirsch, quien reclamó el indispensable criterio normativo-fáctico basado en la igual dignidad humana. Ver. Hans Joachim Hirsch, *Ehre und Beleidigung*, Karlsruhe, 1967.

<sup>65</sup> Ver Ignacio Berdugo Gómez, "Delitos contra el Honor", en: *Documentación Jurídica*, Madrid, 1983.

<sup>66</sup> En el mismo sentido, ver Antonio Aguilera Fernández, *La libertad de expresión del ciudadano y la libertad de prensa o información (posibilidades y límites constitucionales)*, edit. Comares, Madrid, 1990, pág. 46.

<sup>67</sup> Juan Bustos Ramírez, *Derecho Penal, Parte especial*, edit. Ariel, 2ª edición, Barcelona, 1991, pág. 143. Allí se refiere genéricamente al bien jurídico tutelado por los delitos contra el honor, en el tema de los delitos contra la posición del sujeto en sus relaciones sociales.

<sup>68</sup> Carlos Soria, *Derecho a la Información y Derecho a la Honra*, edit. A.T.E., Barcelona, 1981, pp. 174, y ss.

<sup>69</sup> Se ha discutido en la jurisprudencia si la garantía del honor también protege el específico prestigio militar, comercial o profesional. En aplicación de la dimensión concreta o dinámica del honor, han apoyado la posición afirmativa los fallos del Tribunal constitucional español (stcs. 40/1992, 223/1992, 139/1995); y los del Tribunal Supremo español (stc. de 15 de abril de 1992). Ver Angel Carrasco Parra, *Derecho Civil*, Tecnos Ed., Madrid, 1996.

<sup>70</sup> Reproducido en el artículo 17 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, en la misma línea en el artículo V de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Artículo 11.1: "Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad".

Es evidente que Chile tiene obligaciones internacionales respecto a la tutela del Honor. Ahora bien, la técnica de protección jurídica del honor es generalmente negativa (responsabilidad) y reparatoria (derecho de réplica), como en casi todos los sistemas del mundo. Esto se explica por la naturaleza del bien jurídico, cuya lesión está típicamente constituida por los actos difamatorios, los cuales son de tracto único o instantáneos, y de intención trascendente —el *animus iniuriandi*<sup>71</sup>—, susceptibles de ser, no sólo reprimidos, sino también reparados mediante la réplica pública a través de los medios de difusión social. Tiene en la técnica negativa una especial importancia el resguardo penal<sup>72</sup>, el cual es reclamable mediante acciones de disposición privada. En lo que respecta a la protección civil, ella es brindada producto de la responsabilidad por el daño moral o extrapatrimonial. En cuanto a la protección compensatoria, el sistema de responsabilidad extracontractual ordinario es el que tiene a su cargo la salvaguardia del bien del honor en nuestro país. Sin embargo, la protección más importante está dada por la aplicación directa de la Constitución política, de la cual ya trataremos, que expresamente asegura, en el art. 19 N° 4, el respeto y protección de la honra de la persona y su familia<sup>73</sup>.

Un aspecto relevante de esta última protección es la consagración a nivel constitucional de la *exceptio veritatis*, que, de acuerdo a la Constitu-

<sup>71</sup> María Luisa Balaguer Callejón manifiesta, haciendo un estudio de la jurisprudencia española, que la insistencia de los tribunales en el *animus iniuriandi*, la cual ha llegado a crear una presunción *iure tantum* a favor de él cuando se quiere limitar el derecho a libre expresión, se ha mostrado disfuncional. Ver María Luisa Balaguer Callejón, *El Derecho Fundamental al Honor*, Tecnos Ed., Madrid, 1992, pág. 194.

<sup>72</sup> Etcheberry organiza los delitos contra el honor respecto del bien jurídico que se hiere con la injuria genérica, el mismo honor, a la sazón. Adoptando la distinción tradicional (dimensión subj.-obj.), distingue la injuria contumeliosa o propiamente tal y la difamatoria, de la cual es subtipo la calumnia. El tipo de la injuria, bajo el cual cae tanto la difamación y la injuria contumeliosa cuando también hay difamación, es el artículo 416 del Código Penal e implica en la acción típica a toda expresión proferida o acción ejecutada en deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona. Las injurias se sancionan en los arts. 416 a 419. La calumnia, sancionada en los arts. 412 a 414, consiste en la imputación de un delito determinado pero falso, que pueda perseguirse de oficio. Sólo en ella cabe la *exceptio veritatis*, según lo establece el 415 del C. Penal, siempre que los hechos no sean constitutivos de injuria también. Sucede que todos los tipos sancionados tienen un especial elemento subjetivo —llamado por una más moderna dogmática penal, de "intención trascendente"—, cual es el *animus iniuriandi*. Alfredo Etcheberry, *Derecho Penal, Parte Especial*, edit. Nacional Gabriela Mistral, 2ª edición, Santiago, 1976. A esos tipos penales hay que agregar los tipos extravagantes, o sea contenidos en leyes distintas al Código Penal, específicamente los establecidos en la Ley de Seguridad Interior del Estado (arts. 11 y 22, Ley N° 12.927, D.O. 26-8-1975) y la Ley de Abusos de Publicidad (Ley de Quórum Calificado N° 16.643, D.O. 4-9-1967).

<sup>73</sup> Constitución Política de la República de Chile.

Artículo 19: La Constitución asegura a todas las personas:

4. El respeto y la protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y su familia.

ción, consiste en la posibilidad que los medios de comunicación social disponen de excepcionarse de un castigo penal y de la consiguiente responsabilidad civil por infringir el derecho en cuestión, demostrando la verdad de los hechos imputados ante el tribunal ordinario<sup>74</sup>. Ahora, si tales imputaciones consisten por sí mismos en la acción típica de injurias a particulares, este mecanismo no exime de responsabilidad.

Sin duda que los principales agentes potencialmente agresores de este derecho son los modernos medios de comunicación de masas. Y en atención a eso es que la Constitución, precaviendo la complejidad de la imputación de la responsabilidad, en cuanto a la responsabilidad civil, establece la agravante de hacer solidariamente responsables a los propietarios, editores, directores y administradores del medio de comunicación social de las indemnizaciones que correspondan<sup>75</sup>.

Haciendo la misma consideración, el sistema institucional chileno tiene un aparato, el Consejo Nacional de Televisión (*ley de quórum calificado N° 18.838, D.O. 6-5-1988*), que permitiría tutelar por una vía más expedita el referido derecho —junto a los otros derechos inmateriales de la personalidad, aunque sus funciones y la finalidad con que se concibe exceden esta preocupación—, y cuya naturaleza es la de ser un órgano administrativo autónomo y cuyo cometido es el de velar por el correcto funcionamiento de las estaciones de televisión<sup>76</sup>. Este tiene la facultad, otorgada por la ley, de aplicar sanciones administrativas a los medios televisivos para resguardar su correcto funcionamiento<sup>77</sup>. Además puede adoptar las medidas correspondientes para evitar la difusión de programas reñidos con el orden público, como sería el caso de la lesión de los derechos personalísimos<sup>78</sup>.

Sobre la protección al honor volveremos al tratar en conjunto la protección a la intimidad y la propia imagen.

#### 4. El derecho a la intimidad o privacidad

En segundo orden, cabe referirse a la intimidad. Establecer un concepto de intimidad tampoco resulta una tarea fácil. La doctrina y la jurisprudencia

<sup>74</sup> Artículo 19 N° 4, inciso 2, C.P.R. La *exceptio veritatis* tiene un alcance más general en la legislación penal, en cuanto a los sujetos, ya que permite eximirse de responsabilidad a cualquier persona y no sólo a los medios de comunicación social. Vid. Artículo 415 del Código Penal de Chile.

<sup>75</sup> Art. 19 N° 4, inc. 2, C.P.R.

<sup>76</sup> Art. 19 N° 12, inc. 6, C.P.R.

<sup>77</sup> El artículo 33 de esa ley establece cuatro posibles sanciones, de las cuales tres serían aplicables a casos de lesión a derechos de la personalidad: amonestación, multa y hasta 7 días de suspensión si la infracción es grave y reiterada.

<sup>78</sup> Artículo 13 de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de Televisión.

comparada no han realizado una delimitación conceptual precisa y unívoca de este derecho. Ya revisamos, en términos generales, los avatares de la fundamentación de la *privacy*. Ahora queremos proceder primero a hacer una revisión desde la sociología del emergimiento de las categorías relacionadas de privacidad y publicidad, lo cual nos facilitará enormemente la tarea posterior de conceptualizar y comprender los problemas de la tutela internacional e interna del derecho a la intimidad.

El filósofo y sociólogo alemán, Jürgen Habermas, en su ya clásica tesis doctoral publicada en 1966<sup>79</sup>, se preocupó de rastrear la aparición y transformaciones estructurales de lo público en cuanto categoría de la sociedad burguesa, dando con ello muchas luces acerca de la coevolución de su pareja conceptual, lo privado. Quiero sintetizar su investigación en cuatro etapas, a saber, la fase de génesis simultánea y entrelazada de lo público y lo privado, la fase de expansión de lo público y creación del ideal de intimidad, la fase de la publicidad ampliada, y por último, la fase de reensamblaje de lo público con lo privado en la sociedad de masas.

En primer lugar, de acuerdo con Habermas, el espacio público se constituye en la Modernidad desde la búsqueda por la burguesía de una esfera donde proyectar su modo de experimentar la vida, en medio de sociedades donde el poder se articulaba desde la nobleza que lo ejercía en representación de todo el cuerpo social. La burguesía, basándose en las posibilidades y requerimientos de comunicación y noticias de un mundo en expansión, concibió, en oposición al Estado estamental, un espacio donde, utilizando la expresión oral y sobre todo la tecnología de la escritura (correspondencia, archivo, circulación de documentos), personas carentes del poder político legítimo, es decir, privadas, podían desarrollar relaciones sociales intensas mediadas por el razonamiento, generalizando idealmente sus experiencias subjetivas de vida en la familia nuclear. Recíprocamente, lo privado ha dejado de ser, como lo era en la sociedad feudal, el sitio de procura de las necesidades, o sea, un lugar de producción, puesto que el modo de producir había desbordado latamente las fronteras de la economía doméstica hacia el mercado, desterrando de ella el esfuerzo social para dejarla exclusivamente ocupada de las relaciones familiares<sup>80</sup>. De este modo es que nacen íntimamente imbricadas las esferas de la publicidad y la privacidad.

Pasando a una segunda fase, la institucionalidad social y cultural<sup>81</sup> que se irá desarrollando con la modernización social, como alternativa a las instituciones cortesanas, generará dos procesos: una generalización de la vida social, que quitará a lo público toda referencia a las cualidades del *status* adscrito a cada uno en concreto, en el sentido de hacer de lo público el lugar de discusión de lo general, o de lo que interesa a "todos"; un desenclaustramiento de la vida pública burguesa —formada por los oradores y sus oyentes, los escritores y sus lectores— desde el mundo familiar hacia formas de organización más amplias. El correlato de esta transformación de lo público es la reducción de lo privado, que se empequeñecerá desde el punto de vista físico (desde las grandes casas señoriales a la casa-habitación) y empobrecerá desde el punto de vista de la intensidad psicológica de la interacción (los lazos ya no requieren un ritual de presentación permanente), lo que se refleja en el ideal del aislamiento, de la emancipación psicológica, coextensiva a la vez que diferente a la emancipación social que otorgaba la propiedad privada y el intercambio ajeno a las regulaciones del Estado estamental. Allí es cuando la privacidad incorpora el ideal de intimidad, como algo diverso tanto de lo propiamente público, el poder legítimo que no pertenecía aún a la burguesía, pero ante el que poseía una autonomía asegurada por la propiedad privada, por un lado; por otro lado, también respecto a la producción económica, de su dinámica de enfrentamiento racional en la publicidad del mercado, respecto del cual ofrecía el lugar adecuado para depositar los sentimientos, y en tercer lugar, en relación a la publicidad cultural de la "vida social" que hacía la burguesía, de la cual, sin embargo, era su antesala al asumir la familia la función educativa de los miembros de ella. Con ello concluye Habermas lo siguiente:

*"Esos tres momentos: libertad volitiva, comunidad amorosa e instrucción, dan lugar a una idea de humanidad que se entiende como inherente a ella y que, ciertamente, le fija por vez primera, y de un modo absoluto, su posición: la emancipación —portadora aún del eco de las sentencias acerca de lo puro o meramente humano— de la*

<sup>81</sup> <i>Ámbito Privado</i>		<i>Esfera del poder público</i>
Publicidad burguesa	Publicidad política	Estado
(Ámbito del tráfico y mercantil y del trabajo social)	Publicidad literaria	(Ámbito de la policía)
	(Clubes, prensa)	
Espacio celular de la pequeña familia	(Mercado de bienes culturales)	Corte
(Intelectualidad pequeño-burguesa)		(Sociedad aristocrático-cortesana)

Esquema de ámbitos sociales de la institucionalidad de lo público-privado en la época de expansión de la publicidad. (Reproducido de J. Habermas, *ibid.*, pág. 68.)

<sup>79</sup> Jürgen Habermas, *Historia y Crítica de la Opinión Pública*, trad. de Antoni Domenech, Edit. Gustavo Gili, 4ª edición, Barcelona, 1994.

<sup>80</sup> J. Habermas, *ibid.*, pág. 66

*intimidad del sujeto, regida y desplegada de acuerdo con sus propias leyes, respecto de finalidades y objetivos externos de cualquier clase*"<sup>82</sup>.

Los individuos, que hasta el siglo XVIII y producto del desarrollo anterior se consideraban indistinta y simultáneamente con la dignidad de hombres (*hommes*) y propietarios (*bourgeois*), adquirirán en dicha época —la tercera etapa nombrada—, además, la condición de ciudadanos (*citoyens*)<sup>83</sup>. Así, lo público se institucionaliza definitivamente en la sociedad occidental con el nacimiento de la opinión pública y sus funciones políticas, adquiriendo la dominación legítima del sistema social. Empero, la publicidad burguesa ya no regirá como la cortesana, porque el público es siempre, en su caso, una reunión de personas privadas, esto es, emancipadas respecto a la regulación social y económica del Estado, y orientadas según la lógica autorregulada de la economía de mercado en cuanto a la producción y el intercambio, y por un derecho racional por otro. Esta conformación paradójica de lo público se reproduce en lo privado, en cuanto el ideal de autonomía, igual dignidad y fraternidad que aquél sustentaba, se hace público a través de la consagración de los derechos fundamentales<sup>84</sup>, esto es, con la configuración de un conjunto de condiciones jurídicas que permitían teóricamente la extensión de los ideales de vida forjados por la burguesía en el seno familiar a todos los grupos del cuerpo social. Así, la vida privada se transforma en una idea pública que al menos ideológicamente ofrece a toda la sociedad un espacio público ampliado.

Hacia el fin de esta tercera etapa es que se presentan los ámbitos público y privado como polarizados y excluyentes, aunque materialmente sustentados recíprocamente el uno en el otro. Al respecto, Habermas establece la tesis de que: *"la substancial separación de esas dos esferas, (...), significa por lo pronto tan sólo la desconcentración de dos elementos que estaban articulados por el tipo de formas de dominación propias de la alta Edad Media: la reproducción social y el poder político"*<sup>85</sup>. Diferenciando esos dos elementos, en la Modernidad surge el mundo de lo social, o sea, la sociedad como articulación de aquellas dos esferas, la pública y la privada, en una relación a la vez de tensión y de confusión.

<sup>82</sup> J. Habermas, *ibid.*, pág. 84.

<sup>83</sup> J. Habermas, *op.cit.*, pp. 122-123.

<sup>84</sup> Para Habermas, los derechos fundamentales permitieron entonces, hacia el final del siglo XVIII, garantizar tres cosas: a) las esferas de la publicidad y la privacidad; b) las instituciones e instrumentos de lo público (prensa, partidos) y la base de la autonomía privada (familia y propiedad); c) finalmente, las funciones de las personas privadas (las políticas como ciudadano, las económicas como poseedor de mercancías y las de comunicación, en cuanto "hombre"). Jürgen Habermas, *op. cit.*, pág. 118.

<sup>85</sup> *Ibid.*, pág. 172.

En la cuarta etapa, desde fines del siglo XIX hasta hoy, a consecuencia de las necesidades de una sociedad de masas, el Estado, a la sazón monopolizador del poder político, empieza a intervenir en la sociedad, a la vez que entrega a empresas particulares ciertos cometidos estatales. La intimidad, producto de la expansión del Estado y su confusión con la sociedad, empieza a retroceder hacia la periferia de lo privado que queda, en general y sin perder su calidad opuesta a lo público, expuesto a la publicidad, en una condición muy precaria. La sociedad al irse organizando, incrementando los controles públicos y el volumen de la reglamentación jurídica irá también haciendo públicas todas las esferas de la vida, a la vez que, producto del dominio de las elites de la gestión de las organizaciones que ejercen el poder y controlan la producción, se va empobrecer la publicidad en referencia a la pérdida de sus funciones políticas. La difuminación de límites entre el Estado y la Sociedad ocasiona un reensamblaje de lo público y lo privado, pero en la condición de un mutuo empobrecimiento, como seudopublicidad y seudoprivacidad, a diferencia del mutuo enriquecimiento que caracterizó a la tercera etapa descrita.

En esta etapa se produce la degradación de la autonomía privada, ideal radicado en el hogar familiar, la cual pierde su fundamento en la propiedad privada disponible arbitrariamente, y ahora sobrerregulada y con ello disgregada, mudándose en una autonomía de consumo. El consumo, a su vez, tampoco es esencialmente privado, por cuanto muchas personas empiezan a depender del Estado para procurar sus necesidades básicas. De este modo es que la familia pierde toda relación con el mundo del trabajo. Ello traerá por consecuencia el descargar a la familia también de su capacidad de intimación personal<sup>86</sup>, debido a la férrea dependencia de la vida familiar del Estado social y la sociedad organizada. Dicha situación tiene dos paradigmáticas expresiones que nos interesarán: el fracaso del ideal del aislamiento, tanto física (en la gran urbe) como psicológicamente (desvalorización de la vida solitaria), y la socialización inmediata de las personas a través de los medios de comunicación social (con lo que pierde la familia su función protectora respecto de lo público, quedando a merced, antes bien, más que de lo público en sentido político, de lo semipúblico).

Referidas a esta evolución social es que la teoría y la práctica jurídica han desarrollado el concepto de un derecho fundamental, mejor cimentado en la actualidad en los principios de autonomía moral y dignidad humanas subyacentes al nuevo orden internacional de los derechos humanos, a saber, el derecho a la intimidad o privacidad.

<sup>86</sup> *Ibid.*, pág. 186.

Si observamos las transformaciones antes descritas de las funciones y contenidos sociales de la privacidad, comprenderemos por qué es que el Comité sobre Privacidad del gobierno inglés, presidido por Younger, admitió en 1972 que la *privacy* es un concepto que no puede ser satisfactoriamente definido<sup>87</sup>. Empero, tampoco, al igual que el honor, es posible tratarlo como un concepto jurídico indeterminado. Antes bien, aunque es un concepto por cierto frágil y fugaz, las diversas elaboraciones dan cuenta de sus distintas proyecciones como de las tensiones que soporta en la Modernidad.

Si prescindimos de la ya conocida por nosotros argumentación propietarista que afirmaba con ligereza "*my home is my castle*", correspondiente por lo demás a las primeras dos etapas de la relación publicidad-privacidad, y nos situamos hacia fines de la época llamada de la publicidad ampliada, en el origen de la refundamentación de la *privacy*, tenemos que Warren y Brandeis la definen señalando que: "*el common law garantiza a cada persona el derecho a decidir hasta qué punto pueden ser comunicados a otros sus pensamientos, sentimientos y emociones*"<sup>88</sup>. Aquí el límite está dado por la decisión de excluir del conocimiento público ciertos datos de la persona. Tal es la línea<sup>89</sup> que piensa a la privacidad negativamente como algo excluido de lo público, siendo el factor de exclusión la decisión de un individuo, grupo o institución<sup>90</sup>. Ahora, tal criterio es insuficiente, porque recae sobre algo que ya puede ser efectivamente excluido de lo público. No explica entonces lo atractivo de la privacidad para los husmeadores del público, característico de la publicidad ampliada, fase en que se generaliza el ideal de autonomía privada, transformándose los sujetos que la ejemplificaban a la vez en centros de una atención, respecto de la cual no podían discriminar en cuanto a su legitimidad o ilegitimidad, la cual era dada por la situación objetiva en que los temas de la publicidad los colocaba.

De allí que se hayan buscado otras consideraciones basadas en el objeto, de índole negativo como la anterior, o bien positivas. La primera de ellas y en la línea positiva es la teoría de las esferas. Al respecto, en la

doctrina alemana, Henkel ha realizado una triple diferenciación gradual entre las materias que dicen relación con la intimidad. La más amplia es la *Privatsphäre*, que comprende los comportamientos noticiosos y expresiones que el sujeto desea que no lleguen al conocimiento público; en segundo lugar está lo que corresponde a la esfera confidencial -*Vertrauenssphäre*-, que comprende la información que ese sujeto le participa a una persona de confianza, del que se excluye el público general, y en último término está la esfera de lo secreto -*Geheimsphäre*-, que es el ámbito de información que se encuentra vedado absolutamente a todos los demás<sup>91</sup>.

Por su parte, en la doctrina italiana se distinguen usualmente cuatro posibles esferas del aislamiento (vida privada): 1) la soledad, que entraña la imposibilidad física de contactos materiales; 2) la intimidad, en la que el individuo, sin hallarse aislado, se encuadra en un grupo reducido en el que se dan relaciones especiales, como, por ejemplo, en el ámbito conyugal y familiar; 3) el anonimato; 4) la reserva, que consiste en la creación de una barrera psicológica frente a las intrusiones no deseadas<sup>92</sup>. Aún se podría simplificar más la clasificación italiana y distinguir sólo entre lo que se conoce como *riservatezza* (derecho a la reserva) y el derecho al respeto a la vida privada. Con la primera se protege al sujeto de las publicación y difusión de noticias que un sujeto conozca de otro sin mediar ilicitud. En cambio, con el derecho al respeto a la vida privada se garantiza que la persona no sufra intromisiones en su esfera privada. En forma similar se recoge en la doctrina francesa. En ella se distingue entre los ataques a la vida privada y a la libertad. En la primera esfera se comprende la prohibición de poner en conocimiento público aspectos referentes a la vida privada y de investigar situaciones de la vida privada o familiar. Toda intromisión en la esfera de la privacidad entraña un atentado a la libertad, las personas no tendrán posibilidad de expresar libremente sus opiniones y su vida privada se verá perturbada por el conocimiento de terceros de aspectos de la misma.

Las teorías de las esferas alemana, italiana y francesa, deseando desalojar de lo privado la intromisión ilegítima de lo público, en realidad se resumen en el intento de rescatar por la dogmática la etimología de lo íntimo. Lo

<sup>87</sup> Report of the Committee on Privacy, Her Majesty's Stationery Office, Londres, 1972, pág. 17.

<sup>88</sup> Samuel Warren y Louis Brandeis, *op. cit.*, pág. 31.

<sup>89</sup> En la que está por ejemplo Alan F. Westin, *Privacy and Freedom*, Atheneum press, Nva. York, 1970, pág. 7.

<sup>90</sup> En cierta doctrina no se plantea el tema de la intimidad de la persona jurídica, no sólo porque la persona jurídica no tendría derecho de la personalidad, que sólo tiene la persona física, sino, también, porque no puede admitirse que la persona jurídica tenga un círculo íntimo o una vida privada, que sea objeto del derecho a la intimidad: si se divulgan estos hechos internos de la persona jurídica o sus datos privados o se instalan aparatos de escucha, se atenderá a la intimidad de las personas físicas que forman parte de la persona jurídica o bien ésta podrá reclamar los daños y perjuicios que haya sufrido, doctrina que crea muchas dificultades en el derecho informático. Ver Xavier O'Callaghan, *op. cit.*

<sup>91</sup> Ver Eduardo Novoa Monreal, *Derecho a la vida privada y libertad de información: un conflicto de derechos*, ed. Siglo XXI, México, 1979, pág. 47. En el mismo estilo, otro alemán, Hubmann, distingue entre la *Intimsphäre*, que corresponde a la esfera de lo secreto, y que se viola cuando se llega al conocimiento de hechos o noticias que deben permanecer ignoradas, o cuando se comunican tales hechos o noticias; y la *Privatsphäre*, que equivale a nuestra noción de lo íntimo y protege el ámbito de la vida personal y familiar que se desee mantener a salvo de la injerencia ajena y de la publicidad; y, finalmente, la *Individualsphäre*, que se refiere a todo aquello que atañe a la peculiaridad o individualidad de la persona (el honor, el nombre, la imagen.). Ver Pilar Gómez Pavón, *La Intimidad como objeto de protección penal*, edit. Akal, Madrid, 1989, pág. 39.

<sup>92</sup> F. Herrero-Tejedor, *op. cit.*, pág. 719.



íntimo procede del latín *intimus*, que es una variación filológica de *intumus*, forma superlativa del verbo *intus*: dentro. "Íntimo es, pues, aquello que está lo más adentro posible. No sólo lo que está en el interior del hombre, sino lo que está en el congüelmo mismo de su humanidad"<sup>93</sup>. Lo privado es cada vez menos público de este modo, en la medida que más adentro esté del sujeto. Sin embargo, el precio de esta técnica es el reductivismo a que tiende, al categorizar, aunque gradualmente, en sólo algunos tipos aspectos muy distintos con que se presenta la intimidad en una sociedad de masas.

La solitaria interioridad (*ius solitudinis*) de una persona en una situación de constante amenaza e intrusión por parte de los demás sujetos sociales y el Estado, está en una condición muy inestable y expuesta ante la modificación acelerada de la tecnología de la información —ejemplificada en la distancia abismal que separa en escasos dos siglos a la holografía creada por computador de la litografía de principios del siglo XIX—. El despiadado avance técnico, así como el *voyeurismo* natural de una sociedad *mass* mediatizada que se ha vuelto transparente, o panóptica si se lo prefiere, hace pedazos el núcleo íntimo de la personalidad y lo representa constantemente en público. Y viceversa, cuando lo privado no hace más que reflejar a lo público presentado por los medios de comunicación de masas, mediante un consumo acrítico, convirtiéndose el sujeto en *collage* de una pluralidad de distintos espacios públicos.

¿Cuando a la vida de todos y cada uno de nosotros han de corresponder unos cinco breves y determinantes minutos de fama, como nos lo anunció Andy Warhol, qué sentido tiene hablar de una interioridad? Me parece que son las consideraciones que acabo de hacer las que exponen mejor el problema de la praxis jurídica contemporánea relativa al derecho a la intimidad. En la aldea global, como la llamó Mc Luhan, la privacidad o intimidad, si bien no es un concepto indeterminado, sí que es un concepto difuso, y afirmo esto en dos sentidos: primero, porque su determinación es inconveniente a priori, debiendo buscarse su caracterización mejor en el estudio de las lesiones que hayan obtenido una legitimación paradigmática en la práctica jurídica cercana como lesiones del derecho a la intimidad, o bien una conceptualización positiva —como derecho de participación o libertad positiva— en base a un rasgo común; segundo, en el sentido de que los problemas que plantea la *privacy* se expanden con la tecnología también. Lo segundo lo retomaremos al fin de este apartado. En cuanto a lo primero, nos parece que esas tensiones las muestra bien la doctrina norteamericana.

<sup>93</sup> José María Desantes, "El derecho fundamental a la intimidad", en: *Revista Estudios Públicos* N° 46, C.E.P., Sgo., 1992, pág. 272.

En la doctrina norteamericana aparecen dos posiciones contrapuestas. Bloustein, quien representa una posición en la doctrina norteamericana; sostiene que la clasificación de la *privacy* en cuatro ilícitos que realiza Prosser, representante de la otra postura, está marcada por lo patrimonial, cuestión que no se condice con el fundamento que sustenta y que otorga sustantividad a la *privacy*, cual es, la inviolabilidad de la dignidad de la persona. En estos términos sostiene Bloustein que la violación de la *privacy* comprende un único ilícito y no varios como sostiene Prosser<sup>94</sup>.

Por su parte el referido William Prosser sostiene, en base al derecho de *torts*, y en una enumeración abierta, que es posible distinguir como elementos de atentado a la *privacy* los siguientes:

1. *Intrusion*: intromisión en la soledad física que cada persona se ha reservado. Esta situación consiste en la intromisión en el hogar del afectado o en sus bienes. También se ha hecho extensiva esta protección a la instalación de micrófonos para grabación de conversaciones privadas, las intervenciones telefónicas, filmaciones de interioridades del hogar; en definitiva, es el acoso irrazonable en el círculo íntimo de una persona.
2. *Public dishonour of private facts*: divulgación pública de hechos privados. Es la más típica violación de la intimidad: cuando tal divulgación de hechos ciertos no atenta contra el honor (no sancionable entonces por la ley de difamación), sino contra la intimidad, si tales hechos pertenecen al círculo íntimo de la persona ocasiona responsabilidad. Lo mismo si el hecho no es desdoroso para la persona, y no hay propiamente una difamación, por no existir ánimo de injuriar, pero se viola la intimidad<sup>95</sup>.
3. *Falsa light in public eye*: consiste en divulgar hechos relativos a una persona, totalmente falsos o con una apariencia deformada. Se incluye en este supuesto la utilización del nombre, voz o imagen de una persona con una apariencia deformada, para fines publicitarios o comerciales.
4. *Appropriation*: Apropiación indebida para provecho propio, en forma amplia, de lo que pertenece a nuestro ámbito personal, como el nombre o imagen ajenos<sup>96</sup>.

<sup>94</sup> Bloustein, "Privacy as an aspect of human dignity. An answer to Dean Prosser", en: *New York Law Review*, N° 39, 1964, pp. 962 a 1007, cit. en Herrero-Tejedor, *op. cit.*, pág. 82.

<sup>95</sup> La jurisprudencia norteamericana, en el caso *Melvin v. Reid*, sostuvo que se violentaba el derecho de toda persona al olvido al narrar en una película hechos verdaderos, la historia de una prostituta que había cambiado de vida. La demandante obtuvo una fuerte indemnización en base al "derecho al olvido", que constituye una manifestación del derecho a la intimidad.

<sup>96</sup> William Prosser, "Privacy (a legal analysis)", en: *California Law Review*, N° 48, 1960, pp. 338 a 423, cit. en Xavier O'Callaghan, *op. cit.*, pág. 375.

Tales consecuencias conformarían antes que una regla (*rule*), un principio (*principle*) de la privacidad. El sujeto amparado por dicho principio es materialmente un *homo patiens*, un hombre que sufre, y por lo que debe ser amparado de las múltiples intervenciones de la sociedad sobre él.

En una línea similar se encontrarían los autores y los sistemas legislativos que enumeran a ciertas personas, ciertos lugares o ciertos actos como públicos o privados. Los llamaremos sistemas casuísticos, porque asientan criterios consensuados sin que éstos dependan de una definición de privacidad o publicidad, y como se ve son tres<sup>97</sup>:

El primero es un sistema subjetivo que distingue lo público de lo privado según la calidad de la persona en cuestión. Si es un servidor público, u ocupa un puesto político o trata de hacerlo, es un *public official* y su vida privada es más limitada. Si, sin tener la condición anterior, tiene capacidad para influir, es famoso o está provisto de notoriedad por cualquier causa, es una *public person*, tiene un grado mayor de privacidad que el anterior, pero inferior que las simple *private persons*.

El segundo es un sistema objetivo que emplea el espacio en que se ejecutan ciertos actos o suceden los hechos para dirimir. Lo privado se daría en el interior de una vivienda u otro espacio exclusivo, aunque sea por tiempo limitado.

El tercero, también objetivo, distingue a los actos según estén dirigidos a satisfacer necesidades ajenas, caso en el cual son públicos, o propias, caso en el que son privados.

Desde una perspectiva positiva o dinámica, la intimidad sería un derecho de control sobre el flujo de informaciones que afectan a cada ciudadano, según la naturaleza de ésta y la tecnología informativa<sup>98, 99</sup>.

El derecho a la intimidad es igual para todas las personas, según la construcción reflexiva del paradigma de los derechos humanos lo ha desta-

cado con fuerza. Lo que puede variar es el concepto de intimidad, de acuerdo, por ejemplo, a la persona específica de que se trate, según lo vimos en el sistema casuístico personal, dependiendo de la proyección social su subjetividad. Sin embargo, lo anterior no deja de crear tensiones para el principio de igual trato y consideración en materia de intimidad. Por otra parte, también debe tomarse en cuenta al momento de determinar los límites del derecho a la intimidad a los usos sociales y parámetros culturales vigentes al tiempo en que se supone cometido el atentado, cuestión que ha puesto de relieve la jurisprudencia del Tribunal Supremo español<sup>100</sup>. Son determinantes o indicadores de la intimidad las consideraciones de: densidad de población, grado de interacción, condiciones de residencia, división del trabajo y naturaleza de la familia y otras relaciones sociales<sup>101</sup>.

Contemporáneamente el concepto de la *privacy* ha ido evolucionado, abarcando zonas no previstas anteriormente. Este avance se debe principalmente a la irrupción de los bancos informáticos de datos personales y en general a los avances insospechados de la tecnología y la informática en las últimas tres décadas, apareciendo el concepto de "libertad informática"<sup>102</sup>, que conjuga tanto el aspecto negativo tradicional de la *privacy*, la libertad negativa de exclusión de terceros del ámbito de lo íntimo, con una libertad positiva de control de la información que se contiene en los bancos de datos informáticos. También ha abarcado zonas como el secreto profesional, respecto de médicos, abogados, notarios y sacerdotes, y el secreto comercial y tributario.

<sup>97</sup> Luis García San Miguel, "Reflexiones sobre la intimidad como límite de la libertad de expresión", en: Luis García San Miguel (ed.), *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, Tecnos Ed., Madrid, 1992, pp. 21 y ss.

<sup>98</sup> Antonio Aguilera Fernández, *La libertad de expresión del ciudadano y la libertad de prensa o información (posibilidades y límites constitucionales)*, Edit. Comares, Madrid, 1990, pág. 49.

<sup>99</sup> Una perspectiva que llamaría ecléctica, es la de Eduardo Novoa Monreal, quien estima como privados a los hechos que presentan tres caracteres: 1). Ser desconocidos normalmente para los extraños o ajenos al círculo familiar, o que no suceden normalmente a la vista de ellos. 2). Cuyo conocimiento provoque normalmente turbación moral en el sujeto, por dañar su pudor o recato. 3). Que el sujeto no quiera que otros los conozcan. Ver Eduardo Novoa Monreal, *El Derecho a la vida privada y libertad de información. Un conflicto de derechos*, edit. Siglo. XXI, México, 1979.

<sup>100</sup> "La protección de los bienes de la personalidad ha de dispensarse dentro de una intensa relativización, correlativa a la índole de los mismos. Ello se manifestará tratando la personalidad y correlativa intimidad de cada persona y en cada caso según las circunstancias, que operarán decisivamente antes del contraste o confrontación de la norma con la ocurrencia concreta; ésta, pues, sería configurada, caracterizada e individualizada por o a través de esas circunstancias, escogiendo el Juez, al efecto, las más relevantes. Y es que la esfera de la intimidad personal está determinada de manera decisiva por las ideas que prevalezcan en cada momento en la sociedad, y por el propio concepto que cada persona, según sus actos propios, mantenga al respecto y determine sus pautas de comportamiento; expresiones de la ley misma por las cuales queda encomendada al juzgador la prudente determinación del ámbito de protección en función de datos variables según los tiempos y las personas..." (Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 28.X.86. Caso Isabel Pantoja v. Prographic S.A., ff. 6).

<sup>101</sup> Luis María Fariñas Matoni, *El Derecho a la Intimidad*, Edit. Trivium, Madrid, 1983, pág. 305.

<sup>102</sup> El fenómeno de la informática ya ha sido recogido en la legislación comparada. La legislación alemana es pionera en la materia al haber regulado por ley del 7 de octubre de 1970 la protección de los datos del Land Hessen, instituyendo el Comisario para la protección de datos. Casi al mismo tiempo en Estados Unidos se dicta el Fair Reporting Act de 1970 con el que se protege a las personas de la "invasion of privacy", teniendo la facultad de concurrir a los tribunales para efectuar el control respectivo. Otros textos legales que han regulado la libertad informática son la Ley sueca de 11 de mayo de 1973, la Ley federal alemana de 27 de enero de 1977, la Ley húngara de 27 de enero de 1981 y la legislación italiana de enero de 1981. Solamente en Portugal -artículo 35 de la Constitución de 1976- y en España -artículos 18.4 y 105- la libertad informática ha obtenido consagración constitucional.

## 5. Derecho a la propia imagen

Resta por referirse al derecho a la propia imagen.

Históricamente el surgimiento del derecho a la imagen se encuentra ligado al honor y la intimidad. Puig Brutau explica cómo se fue forjando en la doctrina norteamericana de finales del siglo un derecho a la imagen como emanación de la intimidad. De ese modo, el derecho a la imagen se considera un subtipo del derecho a la intimidad en la doctrina norteamericana e italiana. En el Derecho español, específicamente en el artículo 18.1 de la Constitución, se los considera derechos independientes aunque con íntimas conexiones<sup>103</sup>. Tanto es eso cierto, que un hecho puede considerarse una intromisión en la intimidad y a la vez en la propia imagen. Así, el derecho a la imagen es un derecho de la personalidad, independiente y separado de los demás, aun con importantes analogías con los derechos al honor y a la imagen. Se separa del honor por la falta de necesidad del elemento de la difamación, tanto en su aspecto interno y externo. Se separa del derecho a la intimidad, pese a que aquél nació como subtipo de éste y todavía se les considera un único derecho por ciertas doctrinas y legislaciones, por referirse la imagen al aspecto externo de la persona, obtenida y reproducida sin su consentimiento<sup>104</sup>.

El derecho a la propia imagen constituye "*un derecho innato de la persona, derecho que se concreta en la reproducción o representación de la figura de ésta, en forma visible y reconocible*"<sup>105</sup>, o mejor, un "*poder estrictamente individual para disponer de la reproducción plástica de la propia fisonomía*"<sup>106</sup>.

Este derecho tiene dos caracteres<sup>107</sup>: Por una parte es un derecho a proteger la propia imagen, entendida ella como reproducción, por cualquier medio, del aspecto corporal o de cualesquiera señas o actitudes que identifiquen corporalmente a una persona<sup>108</sup>, siendo en este sentido partícipe de

<sup>103</sup> El Tribunal Constitucional en sentencia de 30 de octubre de 1987 reconoce la independencia de estos derechos. Lo mismo la sentencia del mismo tribunal de 2 de diciembre de 1988.

<sup>104</sup> Xavier O'Callaghan, *op. cit.*, pág. 582.

<sup>105</sup> Giraña, "Voz Imagen, derecho a la", en: *La Nueva Enciclopedia Jurídica Slex*, T. XI, Barcelona, 1962, pág. 326; cit. en Ferrero-Tejedor, *op. cit.* pág. 92.

<sup>106</sup> Amelia Romero Coloma, *op. cit.*, pág. 79.

<sup>107</sup> Angel Carrasco Parra, *Derecho Civil*, Tecnos ed., Madrid, 1996, pág. 87.

<sup>108</sup> Rupert Kamlah a propósito explica:

"Por banal que parezca es importante saber cuando ésta [la identificabilidad] se da. Para poder apreciar si una persona determinada es perjudicada en este derecho, es necesario recurrir al criterio de identificabilidad. Para la identificabilidad basta la indicación de la familia o bien algún objeto identificable como de la persona, tal como lo es un auto". (Rupert Kamlah, *Right to privacy*, Köln, 1969, pág. 155).

una concepción general de la intimidad, y por otra, presenta un punto de vista marcadamente patrimonial, por la atribución de una disposición sobre su imagen de las personas investidas de cierta notoriedad, y que les permite a éstas reproducir, publicar o comerciar con ella, prohibiéndole a terceros la obtención, reproducción o divulgación por cualquier medio de la imagen sin su consentimiento.

Respecto a la protección han polemizado tres doctrinas<sup>109</sup>:

La más antigua y radical es la de Keysner, quien excluía cualquier reproducción incontestada de la imagen por considerar a ésta una huella de la personalidad. En un segundo lugar, y en una postura liberal, Rudolf von Ihering pensaba, junto a Vaunois y Rosmini, que la imagen no merecía ser protegida por sí misma, sino sólo en tanto que pertenencia o emanación de la persona; y que únicamente se podía impedir su reproducción si se intentaba causar perjuicio a la persona. Stolfi, en tercer lugar, concebía a la protección de la propia imagen dentro de la protección debida a la vida íntima contra las indiscreciones de terceros, siendo como tal un límite tajante al derecho de autor del fotógrafo o camarógrafo. Esta última es, por ejemplo, la concepción de la Ley orgánica española de 5 de mayo de 1982 que protege civilmente el derecho a la propia imagen, junto al derecho a la honra y la intimidad.

En cuanto a la configuración de la lesión a este derecho, distinguimos tres momentos en que es posible un abuso, los que serían, a saber, el momento de captación sin consentimiento de la imagen; el de invasión real, cuando se la utiliza para perjudicar al retratado o asegurarse un provecho, y por último, la difusión de la imagen a través de un *mass media*. Esos tres momentos requerirían además de la existencia de un perjuicio moral o patrimonial y de una intencionalidad determinada. E incluso así, la capacidad de exclusión de este derecho fundamental es relativa respecto de actividades como la caricatura y las artes plásticas. Recordemos solamente el conocido episodio de Miguel Angel y Biaggio de Cessena en la Capilla Sixtina. El último, a la sazón maestro de ceremonias del Papa Paulo III, criticó los frescos del pintor por representar a los hombres desnudos y exhibiendo sus vergüenzas. Al retirarse de la capilla junto al Papa después de su comentario, Miguel Angel procedió a pintar a Biaggio entre los demonios del infierno. Ante la queja indignada del maestro, el Papa se excusó de tomar cualquier medida, diciendo que hubiese podido hacer algo si lo hubiera representado en el purgatorio, pero que para los condenados al infierno no había redención.

<sup>109</sup> Cfr. José Castán Tobeñas, citado por Luis Fariñas Matoni, *op. cit.*, pág. 338.

Ahora trataremos en otro párrafo de la protección jurídica de los derechos anteriores, dado que en el derecho comparado, la protección de la privacidad siempre está, de algún modo, asociada a la de la propia imagen.

## 6. Protección del derecho a la intimidad y a la propia imagen

Como señalamos en párrafos anteriores, la aparición de los derechos de la personalidad resulta tardía en los ordenamientos jurídicos, al igual que el reconocimiento expreso de la intimidad como derecho fundamental consagrado en la Constitución. En el derecho comparado internacional se distinguen dos momentos en la evolución del reconocimiento de la intimidad en los textos constitucionales. En un primer momento se reconocen manifestaciones particulares de la intimidad como la inviolabilidad del domicilio y las comunicaciones, sin existir un reconocimiento expreso al derecho a la intimidad. En esta primera etapa encontramos textos constitucionales que garantizan derechos que constituyen manifestaciones del derecho a la intimidad en forma conjunta o cercana<sup>110</sup>; y en otras Constituciones aparecen recogidas las manifestaciones del derecho a la intimidad en forma separada, lo que lleva a pensar que el constituyente no distingue la raíz común de dichos derechos<sup>111</sup>.

La consagración legal del derecho a la intimidad es de gran diversidad en los ordenamientos jurídicos comparados. En el derecho inglés no aparece un reconocimiento general de respeto a la vida privada, no existen *parliament acts* que lo establezcan, su protección se ha realizado a partir de otras leyes que han resultado insuficientes. En el Reino Unido se han propuesto tres proyectos de regulación del derecho a la intimidad sin existir resultados positivos. El primero de ellos fue el *Right of Privacy Bill* de Lord Mancroft en 1961, que establecía la posibilidad de querellarse en contra de quien publicare, sin su consentimiento, palabras sobre sus asuntos o conducta personal, siempre que tal publicación fuere destinada a causarle dolor y dificultades. Este proyecto no prosperó, porque, según palabras del propio Mancroft, "no había logrado separar debidamente lo que el público

tiene derecho a conocer y lo que un hombre puede guardar para si mismo"<sup>112</sup>. Luego se sucedieron los proyectos de Brian Walden en 1969, basado en informe elaborado por el Comité de *Justice* y el de Mr. Lyon de febrero de 1967, los cuales tampoco fueron aceptados, fundamentalmente por el riesgo de que al proteger lo privado se restringiera lo público<sup>113</sup>.

En Estados Unidos, en forma similar a Inglaterra, se ha dado el problema difícil y fundamental de delimitar la esfera de lo público y lo privado, sobre todo en una sociedad altamente tecnologizada como la norteamericana. Con todo, existen textos legales que garantizan el derecho a la intimidad. Tres normas tienen especial importancia: Ley de Derechos Civiles de Nueva York de 1903; la Ley de Privacidad de 1974; y la Ley de Evaluación Leal de la Solvencia de 1973.

La Ley de Derechos Civiles de Nueva York garantiza más propiamente el derecho a la propia imagen, que como hemos establecido corresponde a un derecho autónomo<sup>114, 115</sup>. La Ley de la Privacidad de 1974, cuya finalidad era establecer medidas de protección contra la invasión de la privacidad, en su sección 2ª señala que la privacidad de un individuo es afectada directamente por la captación, conservación, uso y difusión de información personal por entes y órganos federales. Prescribía que ellos debían conservar sólo aquella información relevante y necesaria, recogiéndola en lo posible directamente del interesado, no debiendo en ningún caso registrar cómo una persona ejercía los derechos garantizados por la 1ª

<sup>112</sup> Ver Luis Ma. Fariñas Matoni, *op. cit.*, pág.146.

<sup>113</sup> Otros proyectos trancos fueron el Data Surveillance Bill de 1969, relativo a la información contenida en bancos de datos computacionales, el Telephone Monitoring Bill de 1967, el Industrial Information Bill de 1968 y el Bill Registration of Private Detectives de 1969. En Irlanda del Norte la situación del derecho a la intimidad es la misma, se aplica la legislación del Reino Unido y el *Common Law*. Tanto en el Reino Unido como en Irlanda existe la posibilidad de interceptar las cartas transportadas por el correo en virtud de los poderes resultantes de la prerrogativa real, la cual se ha extendido a las comunicaciones telefónicas. Con todo, en Irlanda del Norte la inviolabilidad de la correspondencia se encuentra garantizada por la *Post Office Act* de 1953, la *Telegraph Act* de 1968 y la *Post Office Act* de 1884. La *Wireless Telegraphy Act* de 1949 contempla como infracción la utilización de aparatos de radiotelegrafía para obtener información del contenido, remitente o destinatarios de todo mensaje.

<sup>114</sup> La Ley de 1921 de Nueva York, c. 501, parágrafo 50, titulada "Derecho al respeto a la vida privada" establece: "Una persona, una empresa o una sociedad que utilice con fines publicitarios o con fines comerciales el nombre, el retrato o la imagen de una persona viva sin haber previamente obtenido la autorización escrita de esta persona o, si se tratase de un menor, de sus padres o de su tutor, es culpable de delito (misdemeanour)".

<sup>115</sup> Los estatutos que han contemplado tempranamente el derecho a la imagen autónomamente respecto a la intimidad, sea en leyes de derecho de autor o de propiedad intelectual, son numerosas. Al primer grupo corresponden las legislaciones alemana de 9 de enero de 1907, suiza de 7 de diciembre de 1922, argentina de 26 de septiembre de 1933, checoslovaca de 22 de diciembre de 1933, italiana de 22 de abril de 1941. Al segundo grupo pertenecen la ley belga de 22 de marzo de 1986, la austriaca de 9 de abril de 1936 y la uruguaya de 17 de diciembre de 1937. Ver José Royo Jara, *Protección del derecho a la propia imagen*, Edit. Colex, Madrid, 1987.

<sup>110</sup> Por ejemplo la Constitución de los Estados Unidos de América (17 de septiembre de 1787, enmienda 4ª), y las Constituciones influidas por ésta: Constitución de los Estados Unidos mexicanos (31 de enero de 1917, artículo 16), Constitución de Japón (3 de noviembre de 1946, artículo 35), Constitución de Filipinas (17 de enero de 1973, reformada en 1976 y 1984, artículos 3 y 4), Constitución de Austria (21 de diciembre de 1867, artículos 9 y 10), Constitución de la República de Islandia (17 de junio de 1944, artículo 66), Constitución de la República de Italia (27 de diciembre de 1947, artículos 14 y 15). Ver C. Ruiz Miguel, *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Tecnos ed., Madrid, 1995, pp. 62 y ss.

<sup>111</sup> Este sería el caso de la Constitución general de la Federación Helvética (29 de mayo de 1874, artículo 634), Constitución de la República Federal de Alemania (23 de mayo de 1949, artículos 10.1 y 13.1), Constitución de la extinta República Democrática Alemana (6 de abril de 1968, artículos 31 y 37.3), y la del Gran Ducado de Luxemburgo (17 de octubre de 1968).

enmienda, asegurando además la seguridad y confidencialidad. La Ley de Evaluación Leal de la Solvencia de 1973, tiene por objeto principal garantizar que las Oficinas de Evaluación Crediticia de consumidores entreguen una información imparcial y respeten la privacidad del consumidor. Así se establece que sólo en determinadas circunstancias se pueden entregar informes: 1) cumplimiento de un mandato judicial, 2) instrucciones escritas del consumidor; 3) a una persona con respecto a la cual se tuviese motivos para creer que va a utilizar la información para una operación de crédito que afecte al consumidor, para empleo, para una licencia, para un seguro u otra necesidad legítima. La Ley en cuestión regula la entrega y uso de información por parte de estos órganos<sup>116</sup>.

En Canadá resulta importante destacar la modificación del Código Criminal de 1968 en que se elimina o despenaliza el tipo penal de la sodomía o actos sexuales voluntarios cometidos en privado por adultos, pues dichos actos se encuentran en la esfera íntima o vida privada de las personas y que no corresponde al Estado la intromisión en ese ámbito. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tenido la ocasión de pronunciarse en el caso *Dudgeon*<sup>117</sup> acerca de la criminalización de la conducta homosexual.

En Irlanda del Norte se encuentra tipificado como delito el cometer o intentar cometer sodomía, según los artículos 61 y 62 de la Ley de 1861. El señor Dudgeon, homosexual y natural de Irlanda, fue trasladado a un recinto policial luego que la policía allanara su domicilio y encontrara documentación personal en que se describían conductas homosexuales. En el recinto policial fue interrogado durante una hora y media sobre su vida sexual en función de los documentos pesquisados.

El Sr. Dudgeon recurre ante la Comisión señalando que la legislación irlandesa que criminaliza las conductas homosexuales masculinas constituye una injerencia ilegítima en su vida privada que infringe el artículo 8 de la Convención<sup>118</sup>.

<sup>116</sup> En nuestra práctica mercantil se ha masificado a niveles insospechados el tráfico de información comercial de los consumidores a través de empresas privadas especializadas. Dicha actividad no se encuentra regulada en nuestro ordenamiento jurídico, lo que ha significado no pocos atropellos a la privacidad de los consumidores.

<sup>117</sup> *Caso Dudgeon*, sentencia de 22 de octubre de 1981. B.J.C. N° 36, Tribunal Europeo de DD.HH. 25 años de jurisprudencia: 1959-1983. Cortes Generales, Madrid, pp.731 y ss.

<sup>118</sup> Art. 8:

"1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su hogar y de su correspondencia.

2. No habrá injerencias por parte de las autoridades en el ejercicio de este derecho, salvo en la medida que lo prevea el derecho y sea necesario en una sociedad democrática para salvaguardar los intereses de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del bienestar económico del país, para la prevención del desorden o del delito, para la protección de la salud o de la moral o para la protección de los derechos y libertades de los demás".

El Tribunal consideró que:

*"el mantenimiento en vigor de la legislación impugnada constituye una intromisión continua en el derecho del demandante al respeto a su vida privada (que incluye su vida sexual) en los términos del artículo 8.1. Dadas las circunstancias personales del demandante, la mera existencia de esta legislación afecta continua y directamente la vida privada. O bien respeta la ley y se abstiene de llevar a cabo actos sexuales prohibidos—en privado y con compañero masculino que consiente en ellos— a los que está inclinado en razón de sus tendencia homosexuales, o bien realiza dichos actos y se convierte en un sujeto susceptible de sufrir una persecución penal"*<sup>119</sup>.

El gobierno de Irlanda sostuvo que las leyes que criminalizan los actos homosexuales masculinos no violan al artículo 8 de la Convención por cuanto se encuentran justificadas en el párrafo segundo del mismo precepto. Además sostuvo que la moral imperante en la República de Irlanda es ostensiblemente más estricta que en Inglaterra en lo relativo a conductas sexuales, lo que debe ser considerado al momento de ejercitar las facultades discrecionales por las autoridades. En relación a la argumentación del gobierno, el Tribunal sostuvo en el párrafo 49, parte final, que las razones dadas por el gobierno de Irlanda no eran suficientes para mantener la vigencia de la legislación penal impugnada, en particular las basadas en la actitud ética de la comunidad irlandesa<sup>120</sup>.

Este tema reviste profunda relevancia para nosotros, ya que nuestro Código Penal tipifica como delito la sodomía. Estimamos que el precepto que tipifica como delito la sodomía es inconstitucional y contrario a la normativa internacional de los derechos humanos. Efectivamente, las con-

<sup>119</sup> *Idem*.

<sup>120</sup> "Aceptándose que algún tipo de legislación es necesaria para proteger a sectores concretos de la sociedad, así como también el ethos moral de la sociedad en su conjunto, la cuestión en el caso que se nos plantea es si las decisiones impugnadas del derecho de Irlanda del Norte y su aplicación caen dentro de los límites de lo que se estima, en una sociedad democrática, como necesario para cumplir dichos fines... La tarea del tribunal es determinar sobre la base de los principios anteriormente expuestos, si las razones que llevan a justificar la injerencia en cuestión son relevantes y suficientes a la luz del artículo 8.2 ...Consignientemente, las razones dadas por el Gobierno, aun siendo importantes, no son suficientes para justificar el mantenimiento en vigor de la legislación impugnada en la medida que ésta tiene el efecto general de criminalizar las relaciones homosexuales privadas entre adultos varones capaces de emitir un consentimiento válido. En particular las actitudes éticas hacia la conducta homosexual masculina en Irlanda del Norte y la preocupación de que cualquier relajación en el derecho tendería a erosionar los standards morales existentes, no puede, sin más, justificar intromisiones en la vida privada del demandante hasta este punto. La despenalización no implica aprobación, y el temor de que determinados sectores de la población pudieran extraer conclusiones erróneas a este respecto de la reforma de la legislación no basta por sí misma para dar una base convincente al mantenimiento en vigor del derecho con todas sus consecuencias injustificables". (*Idem*.)

ductas sexuales forman parte de la vida privada de las personas que garantiza el artículo 19 N° 4 de la Constitución y que reconoce el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y los artículos 11 y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Las leyes que proscriben y sancionan determinadas conductas sexuales constituyen una intromisión a la intimidad de las personas, a aquella parte o esfera que los sujetos desean que no sea conocida por otras personas.

Ahora bien, el derecho a la intimidad, como sabemos, presenta necesarias consideraciones al ámbito específico en que se pretende aplicar, dadas las complicaciones que el concepto de privacidad ya nos mostró, y que justifican una delimitación por los usos sociales, que determinen el ámbito que por sus propios actos mantenga cada persona reservada para sí o su familia, como lo patentiza la ley orgánica española de protección civil de los derechos a la intimidad, al honor y a la propia imagen, del 5 de mayo de 1985 (artículo 2.1). Sin embargo, estos usos no podrán atentar contra la esencia del derecho, técnica de los derechos fundamentales que veremos en la parte final.

Otras limitaciones que el derecho comparado ha establecido respecto de la intimidad y la propia imagen consisten en el interés histórico y científico que nos saca inmediatamente de la privacidad, las interferencias de personas privadas que cumplen funciones en servicios públicos dentro de ciertos límites, y en general el derecho de la libertad de información, cuando se produce un conflicto entre ellos, puesto que la doctrina se ha declarado a favor de preferir ese derecho.

En cuanto a la protección específica de la intimidad y la propia imagen, ésta es susceptible de una protección principalmente compensatoria y negativa<sup>121</sup>. A propósito de la técnica negativa, ha habido un desarrollo del derecho penal de la intimidad que debemos destacar. En esta dirección, en el derecho comparado existen tres sistemas: a) Sistemas francés e italiano: se caracterizan por sancionar violaciones a la vida privada, sobre todo a la imagen, atendiendo al criterio del lugar donde se den los hechos. Así, el Código Penal francés, por una ley de 17 de julio de 1970, castiga en el artículo 368 la violación voluntaria de la intimidad ajena sin consentimiento, utilizando cualquier aparato, y la escucha, el registro y transmisión de palabras pronunciadas en lugar privado; b) Sistemas alemán y espa-

ñol<sup>122</sup>: ellos sancionan según la calidad personal del sujeto, siendo la notoriedad el límite definitivo entre la vida privada y lo público, con la salvedad de los actos que se entrometan en hechos que sean manifiestamente privados (v.gr. espiar relaciones sexuales); c) Sistema suizo: que es un sistema mixto, que no sólo castiga según la consideración al lugar, sino también a la naturaleza del acto. Sanciona, por ejemplo, en el art. 179, quáter, al que ejecute la acción de grabar o fijar en un portaimágenes, sin consentimiento, un hecho de la esfera secreta ajena o un hecho no asequible sin más de la esfera privada ajena, además de observar con aparatos de toma, percepción, captación o recepción.

El orden interno chileno ha venido adoptando en lo penal un sistema más bien mixto de tutela de la intimidad. El inc. final del art. 22 de la ley de abusos de publicidad<sup>123</sup> señala que, para sancionar la grabación de palabras, captación de imágenes de otra persona, no destinadas a la publicidad y su difusión sin consentimiento, se entenderá siempre por vida privada los hechos relativos a la vida sexual, conyugal y doméstica de una persona, mientras no sean constitutivos de delito. A este criterio espacial, se le aúna el personal, en virtud de la contradefinición de vida pública, en el mismo artículo, la cual incluye referencias al ejercicio de la función pública (letra a) y de una profesión u oficio (letra b).

El Código Penal Chileno, por su parte, sanciona los tipos tradicionalmente protegidos de: *Violación de domicilio*<sup>124</sup>, castigando al que entrare en morada ajena contra la voluntad de su morador; *Allanamiento irregular*, es decir, sin sujeción a las normas del Código de Procedimiento Penal<sup>125</sup>; *Apertura y registro de correspondencia y papeles por un particular*<sup>126</sup> y por un funcionario público en abuso de su oficio u autoridad<sup>127</sup>, siendo estos

<sup>121</sup> La función administrativa del Consejo Nacional de Televisión también es aplicable a este derecho. Obviamente el resguardo más fuerte es la protección constitucional del artículo 20, C.P.R., al artículo 19 N° 4 y N° 5.

<sup>122</sup> El sistema penal español sanciona en esta línea la violación de la intimidad profesional-laboral, social y empresarial, v.gr.: el descubrimiento y revelación de secretos documentales, secretos doméstico-laborales, empresariales o industriales.

<sup>123</sup> Donde encontramos una protección más fuerte de la privacidad es en la Ley N° 16.643 sobre abusos de publicidad. Las injurias y calumnias cometidos por alguno de los medios mencionados en el artículo 16, la imputación de hechos relacionados con la vida privada o familiar de las personas difundidos por los mismos medios y las ofensas al honor difundidas por cualesquiera de los medios contemplados en el citado artículo 16, constituyen ilícitos penales sancionados en los artículos 21, 22 y 26 respectivamente. Además, el artículo 34 otorga el derecho a las víctimas de los delitos contemplados en los artículos 19, 21 y 22 de demandar indemnización de perjuicios por el daño moral sufrido.

<sup>124</sup> Artículos 144 y 145 del Código Penal.

<sup>125</sup> Art. 155 del Código Penal.

<sup>126</sup> Artículo 146 del Código Penal.

<sup>127</sup> Artículos 155 y 156 del Código Penal.

últimos agravados por el aprovechamiento del secreto<sup>128</sup> o la divulgación de éste.

La Constitución es mucho más amplia en este propósito, y así es que garantiza, a todas las personas, el derecho a la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada, en el Nº 5 del artículo 19. Involucraría entonces otras formas de comunicación distintas a la correspondencia. Y este ha sido otro aspecto debatido y regulado en el derecho comparado y que en nuestro país ha tenido fuertes resonancias: es la escucha o interceptación de comunicaciones telefónicas<sup>129</sup>.

En la Europa continental se encuentra una variada legislación sobre el tema<sup>130</sup> y también ha sido debatido en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

<sup>128</sup> Etcheberry define secreto como "un hecho que es conocido sólo de un círculo restringido de personas y respecto del cual existe, por parte de alguien, un interés legítimo en que el conocimiento del mismo se mantenga limitado a un círculo de personas, pues su conocimiento por otros afectaría adversamente a un bien de que es titular". Alfredo Etcheberry, *op.cit.*, pág. 203. Los artículos del Código Penal que tutelan este bien jurídico subordinado a la intimidad son el 109, 146, 224, 231, 246, 247, 284 y 337.

<sup>129</sup> El pasado 20 de noviembre de 1995 se publicó en el Diario Oficial la Ley 19.423 que agrega dos artículos al Código Penal con el objeto de garantizar la vida privada y pública de las personas y de su familia. Mediante dichos preceptos se tipifica y sanciona a todo aquel...

*"que capte, intercepte, grabe o reproduzca conversaciones o comunicaciones de carácter privado; sustraiga o fotografíe, fotocopie o reproduzca documentos o instrumentos de carácter privado; o capte, grabe, filme o fotografíe imágenes o hechos de carácter privado que se produzcan, realicen, ocurran o existan en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público".*

<sup>130</sup> El Código Penal alemán establece en los artículos 298 y 353 que el escuchar la conversación privada de otra persona mediante un dispositivo de escucha o proceder a registrar una conversación privada constituye una infracción; la StGG. austriaca en su artículo 10 protege el secreto telefónico; en Suiza el artículo 179 del Código Penal, reformado el 20 de diciembre de 1968, regula las escuchas telefónicas y según el precepto 179 bis aquel que sin consentimiento de los participantes haya escuchado o registrado una conversación no pública entre personas, sacando provecho o dando conocimiento a un tercero, será, a instancia de parte, castigado con prisión o multa; en Bélgica la Ley de 14 de mayo de 1930 protege explícitamente el carácter privado de las comunicaciones telefónicas; el derecho holandés en ley de 7 de abril de 1971 sobre la intimidad introduce sanciones penales contra el registro por terceros de conversaciones privadas y toma clandestina de imágenes; en Suecia ha sido la institución del Ombudsman la que ha significado una real protección a los derechos civiles de las personas. En materia legal, el capítulo IV, párrafos VIII y XIX del Código Penal sueco se refiere a las comunicaciones telefónicas, haciéndose extensible a la escucha telefónica clandestina; el artículo 145.a del Código Penal noruego castiga la utilización de aparatos clandestinos para escuchar conversaciones de otras personas en un lugar cerrado o comunicaciones telefónicas en las cuales no se participe; en Dinamarca la ley de 29 de marzo de 1972 sanciona con penas privativas de libertad y pecuniarias la interceptación o el registro electrónico de coloquios privados y conversaciones telefónicas; el derecho penal francés sanciona en el artículo 368 del Código Penal a aquellos que voluntariamente atenten contra la vida privada de otro escuchando, registrando o transmitiendo mediante un aparato palabras pronunciadas en lugar privado por una persona sin su consentimiento; en Italia el artículo 615 bis del Código Penal sanciona al que fraudulentamente tomare conocimiento de una comunicación o de una conversación telefónica o telegráfica entre otras personas o no dirigidas a él, también se sanciona a aquellos que instalen aparatos, instrumentos o parte de los mismos, para interceptar o impedir comunicaciones telegráficas o telefónicas.

En el caso *Klass*<sup>131</sup>, los demandantes denuncian como contrarios al artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos el artículo 10, parágrafo 2, de la Ley Fundamental alemana<sup>132</sup> y la Ley del 13 de agosto de 1978 que permitía abrir y controlar la correspondencia, leer los mensajes telegráficos, escuchar y registrar conversaciones telefónicas. A lo menos dos cuestiones se intenta esclarecer en la resolución del Tribunal. La primera es si efectivamente la ley impugnada constituye una injerencia en la vida privada y familiar, de su domicilio y correspondencia; y la segunda es determinar si la injerencia cumpliría con los requisitos que establece el artículo 8.2 del Convenio, que permiten o posibilitan una intromisión de carácter legítima. En cuanto a lo primero el Tribunal establece que las medidas de vigilancia constituyen, sin duda, *una injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de los derechos del interesado respecto de su vida privada*<sup>133</sup>. En relación a lo segundo, a saber, si el precepto constitucional y la ley impugnados cumplen con los requisitos establecidos en el parágrafo segundo del artículo 8 del Convenio, el Tribunal, teniendo en cuenta los avances tecnológicos en materia de espionaje y la amenaza del terrorismo, estimó que se debía...

*"admitir que la existencia de disposiciones legislativas acordando los poderes de vigilancia secreta de la correspondencia, de los envíos postales y de las telecomunicaciones son, ante una situación excepcional, necesarias en una sociedad democrática para la seguridad nacional y/o la defensa del orden y prevención de infracciones penales"*<sup>134</sup>.

Como señalamos, las exigencias que se contemplan en el apartado segundo del artículo 8 del Convenio posibilitan a la autoridad pública una

<sup>131</sup> *Caso Klass* y otros, sentencia del 6 de septiembre de 1978, B.J.C. Nº 22, Tribunal Europeo de DD.HH., *op.cit.*, pp. 469 y ss.

<sup>132</sup> Artículo 10.2. de la Grundgesetz (Ley Fundamental alemana):

*"Sólo en virtud de una ley podrán establecerse limitaciones a este derecho (derecho de la correspondencia, correo y telégrafos). Si la restricción obedece al propósito de proteger el orden básico liberal y democrático o la existencia o salvaguardia de la Federación o de un Estado regional, podrá la ley disponer que no se comunique la restricción al afectado y que el control sea asumido por órganos y auxiliares designados por la representación del pueblo, en vez de correr a cargo de la autoridad judicial".*

<sup>133</sup> En la parte pertinente la sentencia señala...

*"Claramente, cada una de las medidas de vigilancia permitidas, una vez ejecutadas contra un individuo dado, entrañaría una injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de los derechos del interesado respecto de su vida privada y familiar y de su correspondencia. Además, la legislación misma crea por su simple existencia, para todos aquellos a los cuales se podría aplicar, una amenaza de vigilancia, ataca necesariamente la libertad de comunicación entre usuarios de servicios postales y telecomunicaciones y constituye por sí una injerencia de una autoridad pública en el ejercicio del derecho de los demandantes respecto de su vida privada y familiar, así como de su correspondencia"*. (*Caso Klass*, en *op.cit.*, nota 131).

<sup>134</sup> *Idem*.



injerencia legítima en la vida privada y familiar, del domicilio y la correspondencia de las personas. Ahora bien, para que pueda operar dicha intromisión legítima, la injerencia debe estar prevista por la ley y constituir una medida que dentro de una sociedad democrática sea necesaria para la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás. Según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso *Sunday Times*, de 26 de abril de 1979), la expresión "prevista por la ley" debe interpretar ciertos principios generales. El primer principio se refiere a que la palabra "ley" comprende el derecho escrito y el consuetudinario. El segundo principio se refiere a que la injerencia debe tener algún fundamento en el Derecho interno. Y además se requiere que la ley sea asequible, o sea, que el ciudadano debe disponer de suficiente información de las normas jurídicas aplicables a determinado caso. En segundo lugar, sólo puede considerarse ley la norma que se expresa con la suficiente precisión para permitir al ciudadano ajustar su conducta, y que se pueda prever, con los adecuados asesoramientos, las consecuencias de una acción determinada<sup>135</sup>. En el caso *Leander*<sup>136</sup>, el Tribunal sostuvo que:

*"el registro secreto de la policía contenía, sin duda alguna, datos relativos a la vida privada del señor Leander. Tanto su almacenamiento como su comunicación unidos a la negativa de permitir al señor Leander que los refutara, suponían una violación del derecho al respeto de su vida privada, garantizado por el artículo 8.1"*<sup>137</sup>.

Más adelante, y en especial referente a si las injerencias eran necesarias en una sociedad democrática, el Tribunal dijo:

*"Para preservar la seguridad nacional los Estados contratantes necesitan indudablemente leyes que permitan a las autoridades internas competentes recoger y almacenar en ficheros secretos información sobre personas y luego utilizarla cuando se trate de evaluar la aptitud de candidatos para puestos importantes desde el punto de vista de la citada seguridad. En cuanto a la injerencia impugnada, no cabe*

*duda de que afectó los intereses del señor Leadner por sus repercusiones sobre las perspectivas de contratación que se abrían ante él para ciertos empleos sensibles de la función pública. Por una parte el Convenio no garantiza, como tal, el derecho de acceder a la función pública (caso *Kosiek* de 28 de agosto de 1986) y, por otra parte, la injerencia no ha impedido que el demandante llevase su vida privada según su albedrío"*<sup>138</sup>.

Con todo, el Tribunal manifiesta la necesidad imperiosa de cerciorarse de que existan las garantías adecuadas y suficientes contra los abusos, ya que un sistema destinado a proteger la seguridad nacional crea el riesgo de socavar, incluso de destruir, la democracia, so pretexto de defenderla.

Dirigiéndonos derechamente a nuestro derecho interno, debemos señalar que en nuestro ordenamiento jurídico la protección de los derechos de la intimidad, el honor, la privacidad y la propia imagen no aparecen recogidos en forma homogénea. En la elaboración de la Carta Fundamental de 1980, particularmente en las Actas Oficiales de la Comisión Constituyente<sup>139</sup>, se discutió la garantía constitucional de respeto a la vida privada y a la honra de la persona y la familia, centrándose el debate mayoritariamente en manifestaciones específicas del derecho a la intimidad<sup>140</sup>. El artículo 19 N° 4 resulta restringido en la consagración de los derechos personalísimos que dicen relación con la privacidad de las personas, puesto que no se reconoce expresamente el derecho a la intimidad ni se alude al derecho a la propia imagen, derechos que actualmente, debido a los avances tecnológicos, revisten una importancia gravitante. Si bien en las Actas Constitucionales quedó constancia de la preferencia del vocablo "vida privada" en vez de "intimidad", no aparece una diferenciación entre los conceptos de honra e intimidad o vida privada. Por otra parte, no se reconoce la doble dimensión que concurre en el derecho al honor, restringiéndolo a la esfera subjetiva del mismo, es decir, a la estimación y valoración individual que se tiene de sí mismo. Con todo, creo que luego de la reforma al inciso segundo del artículo 5° de nuestra Constitución se amplió la consagración constitucional de los derechos a que nos hemos venido refiriendo. Efectivamente, el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 17.1 y 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y los artículos 11 y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, refuerzan y extienden la garantía constitucional contenida en el artículo

<sup>135</sup> Caso *Sunday Times*, sentencia de 26 de abril de 1979, apartado 49, pp. 487 y ss.; caso *Silver*, sentencia de 25 de marzo de 1983, apartados 87 y 88, pp. 903 y ss.; ambos en Tribunal Europeo de DD.HH., *op. cit.* nota N° 117.

<sup>136</sup> Los hechos en ese caso son los siguientes: el señor Leander, natural de Suecia, alega haber sido despedido a causa de información secreta en que se le catalogaba de peligroso para la seguridad de la sociedad y sostuvo que sus antecedentes personales y opiniones políticas no eran motivo para que en una sociedad democrática se le inscribiera en un registro policial y se le catalogara como peligroso para la seguridad. Ver caso *Leander*, sentencia del 26 de marzo de 1987, Tribunal Europeo de DD.HH., *op. cit.*, pp. 909 y ss.

<sup>137</sup> *Idem*.

<sup>138</sup> *Idem*.

<sup>139</sup> Sesiones 129ª y 130ª, celebradas el 12 y 17 de junio de 1975. *Actas de la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución*.

<sup>140</sup> La Comisión Constituyente centra el debate mayoritariamente en las manifestaciones del derecho a la intimidad que luego pasaron a constituir el precepto contenido en el artículo 19 N° 5 de la Constitución Política de la República.

lo 19 N° 4, puesto que apuntan a aspectos no abordados por este precepto, como son la garantía explícita de la reputación o aspecto objetivo del honor. Sin embargo, aún persiste la ausencia del reconocimiento constitucional explícito del derecho a la propia imagen<sup>141</sup>.

En cuanto a los mecanismos o instrumentos que posibilitan la protección del derecho a la intimidad o vida privada y el honor, podemos mencionar en primer orden a la acción constitucional de protección, establecida en el artículo 20 de la Constitución<sup>142</sup>. En segundo lugar, debemos citar al precepto contenido en el artículo 19 N° 26 de la Constitución, que establece

<sup>141</sup> En nuestra jurisprudencia no ha existido una protección real al derecho a la propia imagen. Así queda manifiesto en recurso de protección presentado por el Sr. Julio César Alvarado Solari en contra del diario "La Cuarta". El Sr. Alvarado Solari recurre de protección en representación de su hija doña Paula Andrea Alvarado Baigorria, en contra del diario "La Cuarta" fundado en que en la edición del día 14 de marzo de 1989, en la portada del diario apareció la foto de su hija en traje de baño, en la playa de Reñaca. Este hecho se repitió el 17 de abril de 1989, donde aparecía otra fotografía de su hija en traje de baño con la leyenda: "Cada día que pasa se acerca más el frío invierno. He aquí una imagen tanguera para calentar los huesos. ¿Por qué no tenemos verano durante todo el año?". La Corte en relación a la garantía invocada, estableció:

*"Que en relación con este punto, el problema consiste en determinar si los hechos que se desarrollan en lugares públicos o abiertos pueden considerarse como parte de la vida privada de una persona. La respuesta adecuada es negativa porque la circunstancia de que sean realizados en un lugar público está indicando que la presunta afectada no lo considera privado y sobre el particular su voluntad en este punto es decisoria.*

*En consecuencia, no puede estimarse vulnerada la garantía constitucional señalada en el fundamento anterior, si se considera que la hija del recurrente se bañaba en la playa, que es un lugar público. De lo anterior, no es posible concluir que mediante la publicidad de maras, se menoscaba la honra de la afectada y su familia, en el sentido que aquella haya dejado la buena opinión y la respetabilidad social de las personas que la conocen sin que sea suficiente para alterar las conclusiones anteriores, el manifiesto desagrado que se expresa en el recurso por la indicada publicación en especial, debido al concepto desfavorable respecto del prestigio y seriedad que le merece el diario recurrido". (Revista Fallos del Mes N° 369, pág. 464 y ss.).*

<sup>142</sup> La acción de protección no ha sido todo lo eficaz que se pudiera esperar en la protección de la garantía del artículo 19 N° 4 de la Constitución. Los tribunales han realizado una interpretación restringida del precepto, privilegiando en la mayoría de los casos la libertad de expresión por sobre el derecho a la vida privada. En este sentido podemos mencionar el recurso de protección recaído en la causa Martínez García con diario "La Estrella de Iquique", fallado por la I. Corte de Apelaciones de Iquique y confirmado con declaración por la E. Corte Suprema. En el caso en comento, la Corte determinó lo siguiente:

*"Que de lo antes expuesto aparece que el diario "La Estrella de Iquique" en sus ediciones de los días 4 y 5 de octubre último, y que son materia del recurso se limitó a informar de un hecho de carácter policial, de lo cual tomó conocimiento a través de la Ayudantía de la Prefectura de Carabineros de esta ciudad, con los resguardos del caso acerca de la identidad de las menores, ya que no se les individualizó en ningún momento y en la fotografía publicada se les señala como "detenidas para protección", todo en uso de la garantía consagrada en el N° 12 del artículo 19 de la Constitución Política del Estado y no pudiendo estimarse que ella constituye una infracción a la garantía del N° 4 del mismo artículo 19 de la Carta Fundamental". (Revista Fallos del Mes N° 313, 1984).*

En el mismo sentido la Corte de Apelaciones de Iquique reitera la jurisprudencia citada en recurso de protección Lozano Vidal con diario "La Estrella de Iquique" argumentando lo siguiente:

*"Que de lo expuesto, aparece que el diario "La Estrella de Iquique" en su edición del día 9 de noviembre de 1984, materia del recurso se limitó a informar de un hecho de carácter policial,*

una limitación a las leyes que regulen o complementen las garantías constitucionales, ya que en caso alguno podrán afectar la esencia de los derechos o impedir su libre ejercicio. También resulta protegida la garantía constitucional del artículo 19 N° 4 mediante la acción de inaplicabilidad por causa de inconstitucionalidad de todo precepto legal que atente o sea contrario a la Constitución. La acción de inaplicabilidad, establecida en el artículo 80 de la Carta Fundamental, sólo otorga una protección de efecto particular, pues sólo es inaplicable el precepto inconstitucional a la gestión en que se intentó aplicar. En el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos es importante destacar el derecho que reconoce la Convención Americana sobre Derechos Humanos a cualquier persona de presentar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos denuncias o quejas de violaciones a la Convención, que como señalamos reconoce el derecho a la vida privada, al honor y la reputación<sup>143</sup>.

En el Código Civil, siguiendo la tradición de los códigos decimonónicos, no existen preceptos que reconozcan o que se refieran al derecho a la intimidad, la privacidad, el honor o la propia imagen y en general a los

*de lo cual tomó conocimiento a través de la Ayudantía de la Prefectura de Investigaciones de esta ciudad, todo en uso de la garantía constitucional consagrada en el artículo 19 N° 12 de la Constitución Política del Estado, no pudiendo estimarse que ello constituye una infracción a la garantía del N° 4 del mismo artículo 19 de la Carta Fundamental". (Revista Fallos del Mes N° 314, 1984).*

Cfr. *Caso Luksic c. Martorell* en que la Corte de Apelaciones de Santiago coloca en mayor jerarquía al derecho consagrado en el artículo 19 N° 4 por sobre la garantía del artículo 19 N° 12 de la Constitución. En el considerando octavo el juez de protección sostuvo:

*"Que en la especie, el libro "Impunidad diplomática" se refiere en su mayor parte a hechos que caen en el ámbito de la vida privada e íntima de las personas, y por ende, no es lícito a su autor divulgar a terceros, por encontrarse el ejercicio de su libertad de expresión restringido por un derecho de mayor jerarquía, como es el consagrado en el artículo 19 N° 4 de la Carta Fundamental...no puede hablarse en este caso de una libertad de informar y ser informado, toda vez que lo íntimo no es susceptible de ser expuesto a la sociedad sin el consentimiento del afectado; hacerlo así, además de ser ilícito, constituye un afán de morbosidad, ya que lesiona en su esencia la dignidad e integridad síquica de la persona, valores ambos asegurados por nuestra Constitución (artículo 19 N° 1 y 26), conducta que, por consiguiente, no puede ser amparada ni protegida por la Ley Fundamental". (Ver Revista Fallos del Mes N° 415, 1993).*

Luego el juez de protección argumenta en el sentido de que los derechos contemplados en el Título tercero de la Carta Fundamental estarían estipulados en un orden descendente de importancia, siendo consecuentemente de mayor importancia la garantía establecida en el numerando 4°. Esta interpretación es equivocada y antojadiza, en las Actas Constitucionales no se hace referencia en ninguna parte a este criterio a que alude el sentenciador.

<sup>143</sup> El artículo 44 de la Convención establece:

*"Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados Miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte".*

En particular asiste el derecho, cumpliendo los requisitos establecidos en la Convención, de recurrir a la Comisión por violación del precepto contenido en el artículo 11 del mismo cuerpo legal, y además se reconoce el derecho de rectificación o respuesta por informaciones inexactas o agravantes, según establece el artículo 14 párrafos 1, 2 y 3 de la Convención.

derechos personalísimos. En el Libro I, "De las Personas" no aparecen preceptos que se refieran a los derechos de la personalidad, sino que casi en su totalidad el articulado tiene un contenido patrimonial no apareciendo la persona como sujeto moral. La explicación a esta ausencia se debería a que los redactores del *Code Civil* francés pensaban que estos derechos se encontraban contenidos en las declaraciones de derechos esenciales de la persona y que era redundante su consagración de carácter legal.

Si bien los derechos de la personalidad no se encuentran consagrados explícitamente en nuestro Código Civil, podemos mencionar a lo menos un artículo que puede servir como garantía del derecho a la intimidad, aunque en un ámbito restringido. Se trata del artículo 878 que aparece estipulado a propósito del derecho real de servidumbre<sup>144</sup>. Si bien el precepto tiene un contenido eminentemente patrimonial, le subyace un interés por el respeto a la privacidad de las personas, especialmente de aquellas zonas del hogar en que se realizan las actividades más reservadas de la familia como son las habitaciones del inmueble.

En el ámbito contractual la disposición de los derechos de la personalidad aparece como ilícita en todos aquellos casos que se refieran a esferas íntimas de las personas, puesto que se trata de derechos que carecen de contenido patrimonial y son intransmisibles, intransferibles, inenajenables y personalísimos. Lo que no puede ocurrir es que un sujeto enajene su derecho al honor, a la intimidad, a la privacidad o a la imagen, quedando en definitiva privado de los mismos. No es posible concebir un sujeto

<sup>144</sup> El precepto citado ha sido esgrimido ante los tribunales de justicia como fundamento del derecho consagrado en el artículo 19 N°4 de la Constitución. En el caso *Núñez Pino con Vallarino Estay y Municipalidad de la Reina*, el demandante alegó que las construcciones de una mansarda del demandado violentaban su derecho a la privacidad y no cumplían con los parámetros mínimos de distancia establecidos en el artículo 878 del Código Civil. La Corte determinó:

*"Que de los términos del art. 878 del Código Civil resulta que se puede tener ventanas que den vista a las habitaciones o patios de un predio vecino, si interviene una distancia mínima de tres metros medidos entre el plano vertical de la línea más sobresaliente de la ventana y el plano vertical de la línea divisoria de los predios, siendo ambos planos paralelos. Teniendo en cuenta la medición a que se hace referencia en el considerando anterior, hay que concluir que en el caso en estudio no existe una vulneración a lo dispuesto en el art. 878 ya mencionado, pues las ventanas abiertas en la mansarda por el Sr. Vallarino lo están a la distancia exigida por dicha disposición... En cuanto a que el informe de la Municipalidad de la Reina nada dice respecto a que las ventanas abiertas miren al predio del recurrente, lo que según el recurrente lo haría incompleto, hay que tener en cuenta que, establecido el hecho de que las aludidas ventanas están a distancia reglamentaria, es innecesario analizar hacia dónde dan".*

La Corte denegó la protección impetrada, pues a su juicio, no ha existido acto u omisión ilegal o arbitrario que perturbe los derechos de privacidad y de dominio del recurrente. (Ver *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. LXXXI, año 1984, N° 1, 2ª parte, sección 5ª, pp. 64 y 65. En el derecho maltés y específicamente en la Sección 462 del Código Civil, se establece que un vecino tiene prohibido, sin consentimiento del otro, hacer ventanas o cualesquiera otras aperturas en la pared medianera. Ver Luis Ma. Fariñas Matoni, *op. cit.*, pág. 151).

carente de derechos de la personalidad pues son consustanciales a la existencia del ser humano, no siendo posible su renuncia por ser contraria a la noción orden público. Cuestión diversa ocurre con el ejercicio de los derechos de la personalidad que pueden ser comercializados, enajenados o atenuados, ya sea contractualmente o en el diario vivir. Esta atenuación se verifica especialmente en el caso de las personalidades públicas o del espectáculo que por sus actividades se ven expuestas al conocimiento público de aspectos que en sujetos corrientes pertenecen a su esfera de la intimidad. En general podemos decir que aquellas personas que participan del espectáculo o de la vida pública consienten tácitamente en la limitación o atenuación a esferas de la intimidad y además cotidianamente celebran actos de disposición del ejercicio de su intimidad o imagen.

Teniendo en consideración lo anterior, podemos establecer que la protección en el ámbito civil de los derechos de la personalidad relativos a la privacidad, el honor y la intimidad en el área contractual puede estar dada por el elemento esencial del objeto, y específicamente por la técnica del objeto ilícito. Según establece el artículo 1464 en sus numerandos primero y segundo, hay objeto ilícito en la enajenación de las cosas que no están en el comercio y de los derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona. Se trata de una norma deónticamente prohibitiva que impide realizar dichas conductas bajo todo respecto. En definitiva, la disposición ya sea por acto entre vivos o por causa de muerte de bienes que correspondan a derechos de la personalidad adolece del vicio de objeto ilícito, cuya sanción civil está dada por la nulidad absoluta. Todavía podríamos sostener que en presencia de actos de transferencia de derechos personalísimos estaríamos frente a actos jurídicos carentes de objeto, puesto que se trataría de un hecho moralmente imposible al ser contrario al orden público.

Por otra parte, la jurisprudencia de nuestros tribunales tampoco ha tenido una labor activa en materia de los derechos de la personalidad, al no encontrarse una garantía fuerte en el ordenamiento jurídico, los tribunales sólo han realizado una protección restringida de los derechos al honor y la intimidad y no ha existido garantía del derecho a la propia imagen. A diferencia de lo que ocurrió en la jurisprudencia española con anterioridad a la dictación de la Ley Orgánica 1/82<sup>145</sup>, y la jurisprudencia francesa, en nuestro país no se produjo un desarrollo cualitativo de la protección de los derechos de la personalidad a través del sistema de responsabilidad extracontractual. Con todo, la anterior afirmación no es absoluta, ya que es

<sup>145</sup> La jurisprudencia del Tribunal Supremo español, a partir del precepto contenido en el artículo 1.902 del Código Civil español, avanzó paulatinamente en la protección del derecho al honor y la intimidad hasta la dictación de la Ley 1/82 de 5 de mayo de 1982, de protección civil al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

posible verificar en nuestra jurisprudencia sentencias que acogen demandas por indemnización de perjuicios por delitos contra el honor<sup>146</sup>.

La fórmula de protección de los derechos concernientes a la personalidad que han sido aquí tratados, a través de la responsabilidad civil extracontractual, suscita serios problemas que subyacen al modelo de responsabilidad por culpa que recoge el título XXXV del libro IV del Código Civil. En primer lugar, para efectos de poder lograr una indemnización de perjuicios es imprescindible para la víctima probar cada uno de los requisitos que forman la responsabilidad extracontractual. La víctima debe probar la existencia de un daño o perjuicio, un acto culposo o doloso, una relación de causalidad y la imputabilidad de los partícipes. Por lo mismo, puede afirmarse que el sistema de la responsabilidad por culpa es, en principio, gravoso para la víctima del daño, ya que de no probar la culpa y la relación de causalidad debe soportar el daño. Otra dificultad que presenta el sistema es que resulta de difícil prueba, porque la culpa es un problema subjetivo difícil de probar, volviéndose riesgoso el *onus probandi*. De ahí que nuestro sistema intente atenuar la subjetividad del sistema de culpa a través de dos mecanismos legislativos: estableciendo presunciones de culpa y objetivizando el concepto de culpa.

<sup>146</sup> En cuanto a la responsabilidad por daño moral en los casos en que se violenta el honor, la honra o la fama existen algunos fallos:

1. "Es indemnizable el daño moral, ya que la ley sin distinguir ordena indemnizar todo daño. El diccionario de la Real Academia equipara el daño moral a detrimento, o sea destrucción, mengua, en este caso de la honra o de la fama. Es necesaria la comprobación del descrédito para acreditar la existencia del daño moral. En el caso de descrédito de un hombre honrado es necesaria la prueba de éste descrédito para la indemnización del daño moral". (*Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXXII, 1935, sec. primera, p. 419);

2. "Es razonable la afirmación del demandante de que un hecho como el enjuiciado ha tenido que producir una mala imagen suya dentro del conglomerado social en general y que tanto su cónyuge e hijos debieron ser emocionalmente impactados, todo lo cual da origen a un daño moral que debe ser sometido a reducción al exponerse imprudentemente el ofendido". (*RDJ*, Tomo LXIX, 1972, sec. cuarta, p. 91);

3. "En lo que atañe al daño moral, la ley en los delitos de injuria hace extensiva la reparación, aun al daño meramente moral. Las expresiones proferidas en deshonra, descrédito y menosprecio han debido causarle dolor, pesar o molestia en sus sentimientos. El monto lo regula prudencialmente el tribunal". (*RDJ*, tomo LXXIX, 1982, sec. cuarta, p. 109);

4. "El delito de injurias graves produjo daños morales susceptibles de indemnizarse y provenientes del dolor psíquico que el ataque a su personalidad subjetiva y social involucra el delito de injurias, daño que debe ser apreciado prudencialmente". (*RDJ*, Tomo LXVI, 1969, sec. cuarta, p. 102);

5. "Las imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona dan derecho a demandar indemnización pecuniaria, a menos de probarse daño emergente o lucro cesante que pueda apreciarse en dinero, el precepto del artículo 2331 del Código Civil debe interpretarse restrictivamente, por ser excepción al artículo 2329 del Código Civil que consagra el principio general de que todo daño debe indemnizarse. Un hecho vejatorio constitutivo no sólo de delito civil, sino además penal, debe ser indemnizado por concepto de daño moral, atendidos los principios generales del derecho y la equidad". (*RDJ*, tomo LXXXVIII, 1991, sec. cuarta, p. 29).

Todavía es importante destacar que los derechos inmateriales de la personalidad deben ser indemnizables por el solo hecho de estar en presencia de un atentado en su contra sin requerirse la verificación de un perjuicio. No obstante para efectos de aplicar el estatuto de responsabilidad extracontractual es imprescindible la prueba de un perjuicio cierto<sup>147</sup>.

Ahora bien, la indemnización por daño moral en presencia de imputaciones injuriosas contra el honor no da derecho a indemnización por daño moral, restringiéndose a la indemnización por daño emergente o lucro cesante, según establece el artículo 2331 del Código Civil<sup>148</sup>, si es que no logra probarse además un daño patrimonial. Se trata de un precepto excepcional por cuanto la regla general es que todo daño sea indemnizable, comprendiendo tanto el material como el moral<sup>149</sup>, y en el mismo *status*, vale decir, sin depender el uno del otro. Con todo, el ámbito de aplicación del artículo 2331 se reduce notablemente con lo dispuesto en los artículos 31 y 34 de la Ley 16.643 sobre abusos de publicidad, que consagra explícitamente la procedencia de indemnización por daño moral.

Si bien en el ámbito penal la situación es distinta, sobre todo luego de la dictación de la apresurada Ley 19.423, parece necesario regular de mejor forma los tipos penales que se refieren a los atentados a las esferas íntimas de las personas, de manera tal que no resulte tan amplia que pueda constituir una restricción a la garantía constitucional de la libertad de expresión.

De todo lo anterior podemos concluir que resulta urgente avanzar en la regulación y protección legal de los derechos al honor, la intimidad, la privacidad y sobre todo la propia imagen, cuestión que se podría lograr mediante la dictación de una ley especial que reconozca dichos derechos que regule la protección de los bancos de datos personales y consagre e denominado *habeas data* o el derecho de todas las personas al acceso a los mismos y a su actualización.

<sup>147</sup> Sobre este punto, y en general sobre las carencias de nuestro sistema en la protección de los derechos al honor y la intimidad, ver Ramón Domínguez Aguilera y R. Domínguez Benavente, "La servidumbre a que obliga la grandeza", en: *Revista de Derecho y Ciencias Sociales* N° 144, Año XXXVI, Concepción, abril-junio, 1968, pp. 41 y ss.

<sup>148</sup> Ver Arturo Alessandri Rodríguez, *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Chileno* (Título XXXV del Libro IV del Código Civil), T. I, Ediar, Stgo., 1983, pp. 230 y ss.

<sup>149</sup> Ver *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia chileno*, artículo 2331 del Código Civil, Edit. Jurídica, Santiago. Se ratifica el sentido restringido del precepto, el cual excluye la indemnización pecuniaria por daño moral en los delitos de injuria y calumnia, quedando a salvo reparaciones morales que no importen un valor económico.