



-LOS VALORES FUNDAMENTALES DE LA PERSONALIDAD Y SUS MEDIOS DE TUTELA

**Zetty Bou Valverde.
Víctor Pérez Vargas.**

I N D I C E

PARTE GENERAL	104
INTRODUCCION TEORICO-GENERAL	104
ANTECEDENTES HISTORICOS	104
DELIMITACION CONCEPTUAL	106
DETERMINACION DE SU NATURALEZA JURIDICA	108
EN BUSQUEDA DE UN COMUN DENOMINADOR PARA LOS "DERECHOS" DE LA PERSONALIDAD	111
SUJETO Y OBJETO DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD	114
PARTE SISTEMATICA	116
INTRODUCCION	116
IMAGEN	117
NOMBRE	119
VIDA	121
INTEGRIDAD CORPORAL	122
PARTES SEPARADAS DEL CUERPO Y CADAVER	123
HONOR	124
LIBERTAD	125
RESERVA	127
EL DERECHO MORAL DE AUTOR	128
CONCLUSIONES	128
APENDICE. Texto de la exposición de motivos de la Ley No. 5476 de 7 de noviembre de 1973 que introdujo en el Código Civil el título "Derechos de la personalidad y nombre de las personas".	130

I. PARTE GENERAL

INTRODUCCION TEORICO-GENERAL

Todo ordenamiento jurídico define sus propios valores.

Los valores fundamentales del Ordenamiento giran alrededor de dos polos: **persona-comunidad**. Cada Ordenamiento define en sus normas fundamentales los atributos de la persona (lo que se denomina personalidad) y los atributos de la comunidad (por medio de sus estructuras de organización).

En la realización de estas definiciones el Ordenamiento (por medio de sus fuentes formales y materiales) proyecta los valores (derivados de una común experiencia y cultura) cuya tutela se impone.

La persona (sujeto jurídico) recibe tutela de los atributos fundamentales que se le reconocen (vida, integridad física, honor, libertad... etc.). Cuando se produce la formalización (simbólico-declarativa como en el caso de la ley-significativo-manifestativa) como en el caso de la costumbre de estos atributos los mismos penetran en el Sistema (formal y sustancialmente). Puede hablarse entonces de los valores jurídicos de la personalidad.

De estas valoraciones fundamentales, o intereses jurídicos fundamentales emanan axiológicamente situaciones jurídicas (efectos jurídicos) con las que se persigue su realización.

Por ejemplo:

- a) Del valor libertad emana la sujeción a la pena en aquel que prive a otro de su libertad. Art. 20 Const. - art. 191 C. Penal.
- b) Del valor vida emana el deber de descanso para la trabajadora embarazada. Art. 21 Const. - art. 96 C. Trabajo.
- c) Se considera que una consecuencia de la tutela de la Intimidad es el llamado "derecho a la propia imagen". Art. 28 Const. Política - Art. 29 C.C.

De lo expuesto hasta aquí pueden obtenerse algunas conclusiones:

Existen en todo Ordenamiento (en diversa medida, espacio-temporalmente condicionada) valores de la personalidad.

Tales valores se realizan mediante específicas situaciones jurídicas (de necesidad y de posibilidad); en distintos ámbitos del Ordenamiento (tutela penal, tutela civil, tutela laboral, etc. . .). Cada una de estas manifestaciones de la tutela de los valores de la personalidad se hace concreta mediante poderes y deberes determinados. A diferencia de la materia penal, la tutela en lo civil no es sancionaria sino "reparadora". Tomando como base el Código Civil veremos más adelante algunos ejemplos de situaciones jurídicas conexas con los valores de la personalidad.

* * *

ANTECEDENTES HISTORICOS

Como ya se ha anticipado en toda comunidad humana se reconocen valores dignos de ser tutelados. Protección esta, que varía en intensidad y dirección según el tipo de organización socio-política de la misma.

En todas, los valores considerados fundamentales o primarios son aquellos que aseguran el bienestar de la colectividad. En mayor o menor grado, se protegen también los valores más preciados del hombre.

Pero esto último no puede considerarse como norma universal. En ciertas comunidades se han sacrificado manifiestamente estos valores, minimizándolos en beneficio del Estado o de las clases dominantes del mismo.

La lucha en pro de los valores "primarios" de la persona humana ha sido ardua. Manifestándose como un lento proceso ascendente pero con soluciones de continuidad.

En Grecia y Roma, se tutelaban algunos me-

dianthe la "Dike Kakegorias" (1) y la "Actio iniuriarum" (2) respectivamente.

Pero esta protección no era plena pues solo se consideraban relevantes los valores esenciales del hombre de cierta clase. Y por consiguiente solo esos se tutelaban.

Por esta razón hay acuerdo en la doctrina en considerar que la verdadera base, el fundamento técnico de la protección de los valores de la personalidad se inicia con el advenimiento del Cristianismo.

Por primera vez y "mediante la idea de fraternidad universal, que implica la igualdad de derechos y la inviolabilidad de la persona con todas sus prerrogativas individuales y sociales" (3) se llegó a considerar que esos valores eran inherentes a la condición de hombre e independientes de cualquier presupuesto formal o clasista.

Estas ideas se difundieron rápidamente pero su inserción en la realidad no fue un proceso fácil, ni mucho menos. La sociedad medieval no llegó a ordenarse con base a ellas. Así, se siguieron considerando intrascendentes, en muchos aspectos, los valores más preciados de un sector mayoritario de esa sociedad (el de los siervos de la gleba).

Pero la inquietud ya estaba sembrada. . .

Al comentarse la "Summa theologica" de Santo Tomás, en las "universidades", se despertó una fuerte polémica en torno a tópicos como la vida, el honor, la fama, etc., y la posible restitución, en caso de que fueran violados.

Ya en el Renacimiento se hablaba de "ius in corpus" (4).

En 1609 vio la luz el "tractatus de potestate in

se ipsum" (tratado de las potestades sobre sí mismo) de Baltazar Gómez de Amezcua de donde partió propiamente la concepción de los valores de la personalidad como derechos o potestades del sujeto sobre su propia persona.

La Escuela Española del Derecho Natural logró establecer las diferencias entre los "bona exteriora" y los "in bonis corporis" (5) entre los que incluían la integridad, el honor y la fama.

En el siglo XIII se ahondó en la materia y así, los filósofos de la Escuela Clásica del Derecho Natural llegaron a considerar muchos de estos valores como Derechos Naturales o innatos. Hobbes decía que el "*Derecho Natural es el dictado de la recta razón que hay en nosotros, acerca de aquellas cosas que han de hacerse u omitirse para la conservación constante de la vida y los miembros*" (6).

Por otra parte, "según Locke el Poder Legislativo, está estrictamente limitado a la persecución de aquellos fines para los que fue creado el Gobierno, a saber, garantizar y conservar la vida, la libertad y la propiedad" (7).

Pero no fue sino hasta la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789 (8) en que se empezó a concretar esa tutela en el Derecho Público, mediante enunciados específicos (9).

Hasta este momento la protección de la persona y sus valores más preciados pertenecía exclusivamente al ámbito del Derecho Penal (tutela de algunos de ellos) la Moral y la Religión.

La constitución de estos valores fue el primer gran logro para el individuo, la garantía de que sus derechos iban a ser respetados por el poder constituido.

(1) Ambas instituciones se citan a manera de ilustración ya que no existen muchos datos al respecto y la doctrina no se ha molestado en definir las.

(2) Roma, "no tuvo la concepción de los derechos de la personalidad como categoría de derechos especiales separados del fundamental y general derecho de la personalidad. . . pero . . . se tutela la integridad corporal y síquica, mediante la iniuriarum actio" (Bonet Ramón, Francisco. *Compendio de Derecho Civil* T.I. Parte general. Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959) p. 484.

(3) Peña Luño, citado por Obando Salazar Ramón Augusto (Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, No. 3 Año III, Venezuela, 1972) p. 67.

(4) "En las últimas etapas del Renacimiento (S. XVI) es cuando va a surgir la idea y conveniencia de hacer resaltar la independencia de la persona, su igualdad jurídica y el respeto a sus derechos". (Ibid., p. 68).

(5) En particular en la obra de Vázquez de Menchaca.

(6) Hobbes. Citado por Bodenheimer, Edgar (*Teoría del Derecho*, México: Fondo de Cultura Económica, 1971, p. 158).

(7) Ibid., ps. 170-171.

(8) V. ELLAURI, Secco (*Los tiempos modernos y contemporáneos*. Ed. Kapeluszo. Buenos Aires, 1965) p. 164. Se consagraron algunos enunciados como "respeto" a las opiniones y las creencias, libertad de palabra y de prensa, etc.

(9) De esta manera se operan en su comienzo una parcial constitucionalización de los Derechos de la Personalidad y surge al mismo tiempo, una aparente confusión entre los llamados derechos de la personalidad y los derechos del "Hombre y el Ciudadano". Anuario de la Universidad de los Andes, op. cit. p. 77.

Pero esta tutela no era suficiente ¿cómo se le garantizaba a la no violación de sus "derechos" por parte de los otros individuos? y en caso de violación ¿cómo podía restituirse en el uso de aquellos, o por lo menos compensar mediante el resarcimiento de los daños y perjuicios causados?

La tutela civil de los valores de la personalidad tarda en llegar.

El Código Napoleón, de 1804, a pesar de ser producto de la Revolución, culminación de todo un proceso en pro de la persona, no los reguló (10).

Esto se debió principalmente a que "se estimaba que esa materia era más propia de las leyes políticas que de las civiles" (11).

La mayor parte de los Códigos Civiles que en aquel se inspiraron (incluyendo el de Costa Rica de 1888) omitió hacer referencia a los "derechos" de la personalidad.

La lenta evolución de estos "derechos" dentro del campo de la legislación civil se inició con la promulgación del Código Civil austriaco de 1910

que los consagró como derechos innatos.

En 1967 el Código Civil portugués los introdujo como derechos originarios, inalienables y limitables únicamente mediante ley formal expresa. Se estableció también en el mismo la obligación de reparar en caso de violación.

El Código Civil alemán de 1896 protege el derecho al nombre bajo la categoría de derecho de la personalidad (derecho subjetivo).

En 1907 el Código Civil suizo plasmó una tutela general de los derechos de la personalidad.

En 1942 el Código Civil italiano introdujo una tutela bien diferenciada de la integridad corporal, el nombre, el seudónimo y la imagen.

Entre 1946 y 1949 los consagraron los Códigos Civiles de Grecia, Egipto, Japón y Filipinas.

En 1962 en los principios de Legislación Civil de la U.R.S.S. se estableció una tutela al honor y la dignidad del individuo.

En Costa Rica no fue sino hasta 1973 que se introdujo un articulado específico que tutelará los "derechos" de la personalidad (12).

DELIMITACION CONCEPTUAL

En doctrina se han dado muchas definiciones (13) de los "derechos" de la personalidad.

Hemos tratado de encontrar una definición que sin descuidar los aportes doctrinales, incorpore también nuestra propia concepción (visión plena) de los mismos: Se trata de valores no patrimo-

niales (14) que se hacen efectivos mediante situaciones jurídicas (poderes y derechos, deberes y obligaciones) privadas (15) que protegen los valores esenciales (16) de la persona, en sus diversos planos de proyección (físico (17), síquico (18), intelectual (19), espiritual (20) y de relación).

(10) "Aún siendo fruto de la Revolución y de los llamados principios inmortales contenidos en las diversas declaraciones de los derechos del hombre, no los regula, inspirándose en su situación todos los Códigos Civiles que en él se modelaron, incluso el italiano de 1865". De Cupis, Adriano. *(I diritti della personalità)*. T. I. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1959) p. 16.

(11) Castán Tobeñas, José (*Derecho Civil Español, Común y Foral*). Décima edición, T. I. Vol. II. Madrid: Reus, 1963) p. 889.

(12) Ver Apéndice: "Texto de Exposición de Motivos de la Ley No. 5476 de 7 de Nov. 1973". Ver artículos 26-41 del Código Civil.

(13) Ver GIERKE, DE CASTRO (pág. 23), FERRARA, AGUILAR GORRONDONA, citados por DIEZ DIAZ, Joaquín, "Derechos de la personalidad o bienes de la persona", Madrid, REUS, 1963, págs. 64-65, pág. 23. ELTZBACHER y GIERKE citados por BONET, Ramón, op. cit., pág. 483. SALVAT, Raymundo, "Tratado de Derecho Civil Argentino", 9a. edición, Tomo X, Tipográfica Editora, Buenos Aires, 1951, pág. 47. DE CUPIS, op. cit. pág. 18, CASTAN, op. cit., pág. 325.

(14) Ver AGUILAR GORRONDONA, Ibid., 65; GIERKE, cit. por BONET, Ramón, op. cit., pág. 483 y por DIEZ DIAZ, op. cit., pág. 64.

(15) Ver DEGNI, cit. por DIEZ DIAZ, op. cit., pág. 68; AGUILAR GORRONDONA, Ibid., pág. 65.

(16) Ver DE CUPIS, op. cit., pág. 18; DE CASTRO, cit. por DIEZ DIAZ, op. cit., pág. 23; GIERKE, cit. por BONET, Ramón op. cit., pág. 483 y por DIEZ DIAZ, op. cit., pág. 64, AGUILAR GORRONDONA, Ibid., pág. 65.

(17) DIEZ DIAZ, Ibid., pág. 23, FERRARA, Ibid., 64, DEGNI, Loc. cit.; SALVAT, Raymundo, T. D. Civil Argentino, 9a. Edic. Tomo X, Tipográfica Editora Buenos Aires, 1951, pág. 47.

(18) DIEZ DIAZ, op. cit., pág. 23.

(19) SALVAT, op. cit., pág. 47.

(20) FERRARA, cit., por DIEZ DIAZ, op. cit., pág. 64, DEGNI, Loc. cit.

A nuestro modo de ver, se hace necesario desglosar las situaciones jurídicas de posibilidad para dar dos definiciones distintas, acordes con dos momentos que consideramos existen en cada "derecho de la personalidad".

Basándonos en la doctrina expuesta por Santi Romano: "Poder en sentido estricto (*potestad*) ... y derecho subjetivo entrarían en el *commune genus* y los poderes en sentido amplio, atribuidos por el ordenamiento jurídico en orden a bienes o intereses protegidos por él, y serían, por consiguiente, ambas manifestaciones y explicaciones de capacidad; pero el primero se desenvolvería en una dirección o aspecto genérico, no tendría objetos singularmente determinados, no se resolvería en pretensiones hacia otros sujetos y, por lo tanto, no sería correlativo a obligaciones, mientras que el derecho subjetivo se desenvolvería siempre en una concreta y particular relación jurídica con una determinada cosa o frente a determinadas personas que, por el contrario, tendrían obligaciones correspondientes" (21).

Los valores de la personalidad como poderes "son valoraciones jurídicas de posibilidad potenciales (en cierto modo actuales) y genéricos, inmodificables e irrenunciables que vienen atribuidas para que su titular logre la plena realización como ser humano" (22).

Los derechos subjetivos de la personalidad. "Valoración jurídica de poder específica y actual que coloca al sujeto en la situación de acreedor frente a otro sujeto obligado que ha lesionado intereses personales jurídicamente relevantes del primero (poderes de la personalidad)".

1.—Posibilidad de pedir que se haga cesar la violación. (Ejem. arts. 30 y 35 C.C.).

2.—Que se le indemnice por el daño o perjuicio causado (Ejem. art. 41 C.C.).

Como vemos en estos casos se trata de un interés actual y específico cuya realización está ligada al comportamiento de otro sujeto (diverso del titular).

Una vez resuelto el problema de la conceptuali-

zación de los derechos de la personalidad, corresponde analizar si se puede considerar que exista un único poder o derecho (según la teoría tradicional) global a la personalidad o si más bien se debe considerar que existen tantos poderes (o derechos) como aspectos y manifestaciones haya de la personalidad.

En doctrina han surgido dos teorías al respecto:

a.— Teoría monista o unitaria: Es aquella que parte de la concepción de que el hombre "es el punto de referencia de una obligación universal de atención de toda ingerencia" (23). En tal sentido sería también el titular de un derecho general a su personalidad que debe ser respetado. Por consiguiente habría "un solo derecho general de la personalidad como concepto global que abarca el derecho a la conservación, a la inviolabilidad, a la denominación reconocida y a la libre actuación de la individualidad en todas sus direcciones" (24).

REGELSBERGER. "Existe un único derecho de la personalidad que garantiza toda la esfera individual en sus múltiples aspectos y manifestaciones" (25).

Esta tesis ha sido hábilmente criticada por VERCELLONE diciendo que: "No es posible una protección general de cada aspecto de la persona, se pone al legislador en un problema de escogencia, de gradación de los intereses individuales. . . significa esto, que algunos intereses son protegidos y otros no, por esto, no se puede hablar de un derecho unitario a la protección de la propia personalidad, sino de varios, específicos derechos, para protección de aquellos singulares intereses que la ley ha reconocido como relevantes" (26). También se ha criticado diciendo que "la personalidad es el presupuesto de todo derecho, y, por tanto, ella misma no puede ser un derecho" y que a pesar de que "la personalidad es objetivamente unitaria no se puede desconocer que le son reconocidos varios bienes particulares autónomos y diversos que deben tener una propia y distinta tutela jurídica" (27).

(21) SANTI ROMANO, "Fragmentos de un Diccionario Jurídico", Buenos Aires, EJE, 1964, págs. 138 y 55.

(22) "Debe excluirse que un poder pueda constituir objeto de actos de disposición por parte de su titular: este no podría ni modificarlo sustancialmente, ni enajenarlo, ni renunciar a él". SANTI ROMANO, op. cit., pág. 341.

(23) VERCELLONE, "Novissimo Digesto Italiano" (Personalità (Diritto della), pág. 1084.

(24) OBANDO S. "Anuario de la Universidad de los Andes", op. cit., pág. 82.

(25) REGELSBERGER, cit. por BONET ROMAN, op. cit., pág. 483.

(26) Novissimo Digesto, pág. 1084.

(27) UNGER, cit. por BONET ROMAN, op. cit., pág. 483.

b) **Teoría atomista:** Sostienen sus seguidores que no existe un solo derecho global a la personalidad sino tantos derechos autónomos como valores a proteger (derecho a la vida, derecho al honor, etc.) "mantiene bien pura la demarcación entre cada esfera de protección, las cuales emergen de la específica disciplina dictada en relación a cada uno de los intereses protegidos" (28).

c) Hay una tercera tendencia; es la sostenida por ONDEI, para el cual; *"Los derechos de la personalidad, pueden ser fijados con un procedimiento lógico-inductivo de cualquier norma jurídica que refiriéndose a un determinado bien o valor atinente a la persona, establezca la posibilidad del ejercicio de una acción de una confirmación, de un pronunciamiento jurisdiccional que los tutela específicamente, sin ninguna necesidad de que sean definidos a priori y en abstracto. . .*

En tal forma se demuestra, que no es decisivo

el hecho de que el Código Civil contemple una lista completa de los derechos de la personalidad, este hecho no impide que los mismos puedan afirmarse, sea por inducción, o por deducción" (29).

Dentro de los que sostienen la segunda teoría (atomista) no hay acuerdo a la hora de considerar la amplitud del contenido de los "derechos" que integran la categoría en estudio.

La mayoría concuerdan en considerar incluidos: el derecho a la vida; la integridad, nombre, imagen libertad (30), derecho moral de autor, al secreto (31), al honor (32).

Hay algunos autores que amplían notoriamente el contenido de los derechos de la personalidad. Así, por ejemplo, GIERKE incluye dentro de esta categoría los derechos de monopolio. Salvat: El derecho de hablar y escribir, derechos de comerciar y trabajar, y hasta el derecho a la asistencia social (33).

DETERMINACION DE SU NATURALEZA JURIDICA

Es un hecho que nadie puede negar, que existen valores atinentes al ser humano como tal y que por su relevancia han recibido tutela de los distintos ordenamientos normativos (Moral, Reglas del trato social, Religión y Derecho) tutela que no es excluyente. En este sentido por ejemplo el valor vida recibe tutela de las normas de todos estos ordenamientos.

Esas esferas de protección lejos de excluirse, se superponen, aumentando la eficacia de la tutela.

Ubicándonos concretamente dentro de la esfera jurídica, otro problema se presenta: ¿Pertenece los valores de la personalidad al ámbito del Derecho Público (Penal, Constitucional) más bien al del Derecho Privado?

Larga ha sido la discusión al respecto, llegando a creerse que con la protección penal bastaba para sustraer esos valores de los ataques de los demás

hombres y que con las declaraciones de derechos se complementaba aquella, al protegerlos frente al Estado. Más recientemente, se ha sostenido por algunos autores y legisladores, que para tutelarlos civilmente bastaba con la protección indirecta a través del resarcimiento del daño material o moral (art. 1045). Otros han defendido que la tutela corresponde primordialmente al Derecho Civil, en su capítulo de personas. Aun admitiendo ambas tutelas se ha topado con el problema de encontrar la manera de compaginarlos.

A nuestro modo de ver no hay tales problemas. Las esferas de protección de las diferentes ramas del Derecho no se excluyen, se intersecan, a complementar (34) para fortalecer la tutela, y garantizar al ser humano en mejor manera posible su libre realización, como acuerdo con la tutela de los órdenes normativos.

(28) Novissimo Digesto, pág. 1084.

(29) ONDEI, op. cit., págs. 253-254.

(30) De los autores estudiados no lo incluyen: MESSINEO.

(31) No lo estiman así: MESSINEO (sólo reconoce el secreto epistolar) DE CASTRO.

(32) No la reconocen: MESSINEO.

(33) SALVAT, op. cit., pág. 47.

(34) Esta idea es una manifestación del principio de la unidad del ordenamiento y del principio (derivado de este), de la interrelación de sus partes componentes. V. PUGLIATTI, Salvatore, "Instituciones de Derecho Civil".

Se trata de valores del hombre como tal cuya tutela por su trascendencia ha sido orientada en diversos sentidos.

Algunos son protegidos por principios constitucionales (garantías) y tutelados por acciones concretas (Hábeas Corpus, Amparo, vía jurisdiccional ordinaria).

Se les da también tutela penal por medio de normas coactivas y también indemnización por vía ejecutiva.

Pero también se les protege con normas específicas de Derecho Civil, tutela que se traduce en dos acciones: 1.— interrupción de la violación, 2.— resarcimiento.

En el punto concreto de determinación de su naturaleza jurídica es donde más confusión ha surgido.

Se los ha querido ver como:

- A.— Derechos sobre la propia persona (asemejándolos a los derechos reales) (35), con sus variantes:
 - a.— Poderes sobre sí mismo (36).
 - b.— Derechos sobre bienes inmateriales (37).
- B.— Derechos subjetivos: (que seguidamente analizaremos).
- C.— Facultades o meras permisiones (38).
- D.— Efectos reflejos del Derecho Objetivo (39)
- E.— Manifestaciones reflejas del status personal.
- F.— Simples Intereses jurídicamente protegidos (40).
- G.— Derecho global a la indemnización (41).

La mayoría de esas opiniones lejos de contradecirse, se complementan.

Veamos si no:

En la base de toda sociedad humana existen intereses que el ordenamiento jurídico reconoce

como dignos de ser tutelados. Esto significa una valoración por parte del legislador, una escogencia de los que se consideren en un momento histórico como más importantes. En el caso de los valores de la personalidad, los recoge como "poderes", autónomos (potenciales, genéricos, extrapatrimoniales, imprescriptibles, irrenunciables) que son el presupuesto necesario de derechos subjetivos (autónomos, actuales, específicos) extrapatrimoniales pero susceptibles de consecuencias patrimoniales, que surgen de la violación que haga de uno de esos valores tutelados, o en el momento en que el titular lo ejerce en un caso concreto.

En este sentido los valores de la personalidad pasan por etapas que van desde la de meros intereses hasta derechos subjetivos, e incluso si vamos hasta el final, se traducen en algunos casos en una indemnización del daño causado. Por otra parte a pesar de que estos valores sean esenciales, inherentes al hombre, dependen en última instancia de un reconocimiento positivo. Así, ¿qué derecho a la vida podría invocar un condenado a muerte? ¿Qué derecho a la integridad física podría alegar un delincuente sexual en los países en que se le castiga con la castración? y ¿Qué indemnización podría surgir: (Esto en Derecho Penal) ¿podría un ciudadano de un Estado que está comprometido en una guerra invocar un derecho a la vida o a la integridad física, o a la libertad, para no ir al campo de batalla? ¿Qué derecho de la personalidad podría alegar en Roma un esclavo, o una mujer, o en la Edad Media un siervo de la gleba?

No es que con este planteamiento pretendamos negar el derecho natural y la estimativa jurídica, ni mucho menos. Existen valores de la personalidad, pero su contenido real depende en última instancia

(35) Concepción más antigua que arranca desde GOMEZ DE AMEZONA (que los vio como verdaderos derechos reales sobre los atributos de la propia persona) hasta ser reelaborada por MESSINEO: "Configurada de otra manera no tiene nada de incorrecta... Derechos sobre los atributos o manifestaciones esenciales de la personalidad" (MESSINEO, op. cit., pág. 5). También PUCHTA, WINDSCHEID, CHIRONI.

(36) Una variante de la primera opinión. Así RUGGIERO: "Son poderes que el hombre tiene sobre sí mismo, sobre sus propias fuerzas físicas o intelectuales", pero critica su calificación como Derechos "Ni las fuerzas físicas o intelectuales, pueden separarse del hombre que proceden", RUGGIERO, op. cit., págs. 224-225.

(37) "Esto con ocasión del indudable carácter absoluto de aquellos derechos, pero también porque no se advertía que si todos los derechos reales son absolutos, no todos los derechos absolutos son reales" MESSINEO, op. cit., pág. 5.

(38) Ver ROTONDI, cit. por DIEZ DIAZ, op. cit., pág. 8.

(39) Para los seguidores del positivismo, V. Kelsen, "Para ella (teoría pura del Derecho, ambos derechos (objetivo y subjetivo) son de la misma naturaleza. El segundo no es más que un aspecto del primero y toma, ya sea la forma de un deber y de una responsabilidad cuando el Derecho objetivo dirige una sanción contra un individuo determinado y a la de un derecho subjetivo cuando el derecho objetivo se pone a disposición de un individuo determinado (Ver Kelsen, Teoría de Derecho, Ed. Universitaria de Buenos Aires, págs. 122-123).

(40) Ver MESSINEO, op. cit., pág. 3; VON THUR, cit. por DIEZ DIAZ, op. cit., pág. 5.

(41) Ver ORGAZ, cit. por DIEZ DIAZ, op. cit., pág. 8.

de que sea recogido dentro de algún ordenamiento normativo, especialmente jurídico.

Pero la verdadera discusión ha girado y gira en torno a si constituyen o no derechos subjetivos. En tal sentido, se han desarrollado múltiples argumentos.

Trataremos de hacer un cuadro con los más representativos:

Argumentos en pro:

- 1.—La personalidad es valiosa y como tal merece ser reconocida y garantizada por reglas de derecho privado. Hay facultades que por su relevancia se individualizan convirtiéndose en verdaderos derechos subjetivos, que tutelan un interés cualificado y autónomo, (42).
- 2.—En ellos concurren aspectos fundamentales y propios de los derechos subjetivos como la legitimación para accionar ante el juez civil para:
 - a) Hacer cesar un estado de cosas perjudicial para los intereses tutelados (43).
 - b) Exigir el resarcimiento de los daños y perjuicios causados (44).
- 3.—Reconocimiento de un poder de disposición (aunque sea limitado cuantitativa o cualitativamente) (45).

Argumentos en contra (46)

- 1.—Implicarían una confusión entre sujeto y objeto (47).
- 2.—Basta una protección penal-administrativa.
- 3.—El hecho de que haya indemnización no les da esa categoría porque ésta deriva del derecho a

exigir reparación por los daños concretamente causados (art. 1045 C.C.).

- 4.—Están vinculados al sujeto desde su nacimiento hasta su muerte, mientras que los derechos subjetivos son atribuibles en virtud de título y conducta etc.
- 5.—Existe un deber genérico de los terceros a respetarlos pero eso no implica que exista un derecho por parte del titular porque a los deberes no siempre corresponden derechos correlativos.
- 6.—El derecho subjetivo surge con la violación (48).

NUESTRO PUNTO DE VISTA:

Sin negar que en ciertos casos se trate de valoraciones incondicionadas de posibilidad de comportamiento (v.g. derecho de libre tránsito o libertad de movimiento) y que en otros la valoración de posibilidad tenga frente a sí una correlativa valoración de necesidad (deber), esto es sin negar que en ciertos casos se manifiesten como derechos subjetivos es importante metodológicamente plantear la cuestión en términos más amplios, tanto que en lugar de hablarse de "derechos de la personalidad" resulta más correcto hablar de "valores fundamentales de la personalidad e instrumentos jurídicos para su realización" (49).

Dentro de estos instrumentos tenemos los poderes genéricos incondicionados (libertad, vida, integridad física y psíquica, etc.), los derechos relativos (ej. art. 41 C.C.) los deberes de hacer (usar el nombre por ejemplo), los deberes de no hacer o

(42) Ver DIEZ DIAZ, pág. 3-11. "Del derecho subjetivo tienen el atributo principal, o sea el de estar fundados sobre especiales y correspondientes intereses autónomos. . ." MESSINEO, op. cit., pág. 5.

(43) "Otra prueba será la atribución al titular del interés de accionar delante del juez civil para obtener resoluciones propias de la autoridad judicial civil, lo mismo que la inhibitoria de comportamientos perjudiciales o la interrupción permanente del perjuicio independientemente de la afirmación del dolo o la culpa del demandado". Novissimo Digesto, op. cit.

(44) "Quien puede obtener, por determinación de la propia voluntad, u equivalente del bien lesionado, es titular de un derecho subjetivo sobre este mismo bien", DE CUPIS, op. cit., págs. 74 y ss.

(45) Ver NOVISSIMO DIGESTO, pág. 1085.

(46) Es quizá la más antigua y la analizaremos concretamente en el título de "Sujeto y Objeto. . .".

(47) Ver DIEZ DIAZ, op. cit., págs. 4 y ss.

(48) NATOLI Y ORGAZ, cit. Anuario Universidad de los Andes, op. cit., p. 73.

(49) Esta elemental observación ha escapado a la ciencia jurídica tradicional. Sobre la categoría de los derechos de la personalidad parece haberse puesto de acuerdo la doctrina. A las objeciones y a las dudas planteadas al principio se respondió eficazmente: cfr. A. Ravá. I diritti sulla propria persona. . . Torino, 1901; F. FERRARA sen., Trattato di diritto civile italiano, I, 1, No. 82, págs. 388 y ss., spec. págs. 392 y ss. FADDA E BENSA en WINDSCHEID. terminología y diferentes construcciones, han adoptado todos la categoría: cfr. CHIRONI y ABELLO, Trattato di diritto civile italiano, I, Torino, 1904, págs. 306 y ss. CHIRONI, Istituzioni di diritto civile italiano, 2a. ed. Torino, 1929, págs. 57-58 nota; DE RUGGIERO, Istituzioni di diritto civile, I, 6a. ed. Messina, 1931, págs. 200, 206, 329, INVREA. La parte generale del diritto, Padova, 1934, No. 4a. p. 52; VENZI, Manuale di diritto civile italiano, 8a. ed., Torino, 1937, Nos. 56 y ss., págs. 55 y ss., RAVA, Istituzioni di diritto privato, 2a. ed., Padova, 1938, Nos. 122 y ss., 169 y ss., DE GNI, Le persone fisiche e i diritti della personalità, Torino, 1939, págs. 161 y ss.; M. FERRARA SANTAMARIA, Persona (diritti della) in Nuovo Dig. Ital. IX, Torino, 1939, págs. 912 y ss.; DUSI, Istituzioni di diritto civile, I, 3a. ed., Torino, 1940, 9, págs. 67 y ss.; F. FERRARA, sen., Diritto delle persone, e di famiglia, Napoli, 1941, págs. 75 y ss., M. ROTONDI, Istituzioni di diritto privato, 4a. ed., Milano, 1942, Nos. 90 y ss., págs. 192 y ss.; PUGLIATTI, Gli istituti del diritto civile, Milano, 1943, págs. 135 y ss.; CANDIAN, Nozioni

prohibiciones (ej. de comerciabilidad, de disposición del propio cuerpo, etc.).

Como resulta evidente existen algunos intereses jurídicamente relevantes fundamentales y, para su realización existen múltiples formas que se concretan en situaciones jurídicas de posibilidad y

de necesidad (poderes, derechos subjetivos absolutos y relativos, deberes, obligaciones). Los "derechos" de la personalidad ocupan solamente una parte (si bien importante, pero no exhaustiva) de este cuadro.

EN BUSQUEDA DE UN COMUN DENOMINADOR PARA LOS "DERECHOS" DE LA PERSONALIDAD

El problema más grave con que ha topado la doctrina ha sido quizá el de encontrar los rasgos comunes a todos los valores de la personalidad para poderlos erigir en categoría autónoma dentro de las situaciones jurídicas.

Esta no ha sido una tarea sencilla por tratarse de valores que no obstante tener en común el hecho de estar íntimamente relacionados con la persona y que sus proyecciones, son de la más diversa índole.

La confusión inicial se vino a agravar cuando se los empezó a catalogar como "derechos subjetivos" atribuyéndoles todas las características propias de la categoría. Y decimos que se agravó, porque a pesar de que no todos los valores jurídicamente tutelados de la persona se ajustaban a esas características la mayoría de los autores y legislaciones se plegaron ante esa solución que parecía la más acertada.

Las características que se suelen señalar a los derechos de la personalidad se pueden concretar en:

- 1) Son derechos originarios o innatos (50) pero la determinación del contenido de

esos términos también ha topado con dificultades. Dos acepciones principales se pueden citar:

- a) Son derechos que se adquieren con el nacimiento, sin necesidad de formalidades externas para su advenimiento (medios legales de adquisición).

Pero en nuestra opinión, ésta dista mucho de ser una característica común a todos los "derechos" de la personalidad. Se hace imprescindible hacer una distinción interna fundamental, existen algunos "derechos" incondicionados, o sea aquellos que podríamos aceptar como jurídicamente inherentes a la persona por el simple hecho de serlo. Al nacer, el hombre recibe el atributo de la "Personalidad Jurídica" y una serie de valores que le vienen a dar contenido inicial (51) (vida, libertad, integridad física, síquica, mental e intelectual, etc.) y que no dependen de ningún presupuesto para existir, aparte de aquellos hechos que dan nacimiento a la misma capacidad jurídica (art. 13 C.C.) (52).

Y otros "derechos" que podríamos llamar condicionados por requerir de la concurrencia de otras

istituzionali di diritto privato, 2da. ed. Milano, 1949, No. 163, pág. 252; No. 184, págs. 285 y ss.; BARBERO, Sistema istituzionale di diritto privato italiano, 2a. ed., I, Nos. 328 y ss.; págs. 487 y ss.; ALLARA, Le nozioni fondamentali del diritto civile, I, 3a. ed., Torino, 1949, pág. 186; DE CUPIS, I diritti della personalità, Milano, 1950 (comprende studi precedenti); MESSINEO, Manuale di diritto civile e commerciale, II, I, 8a. ed., Milano, 1950, 49, págs. 3 y ss.; TRABUCHI, Istituzioni di diritto civile, 6a. ed., Padova, 1952, Nos. 42 y ss.; págs. 81 y ss.; BARASSI, Istituzioni di diritto civile, 4a. ed., Milano, 1955, No. 36, págs. 85 y ss. BRANCA, Istituzioni di diritto privato, 2a. ed. Bologna 1956, Nos. 75 y ss., págs. 119 y ss. Contra SANTORO PASSARELLI, Doctrina generali del diritto civile, Napoli, 1954, No. 8, págs. 34 y ss.

- (50) Ver anuario de la Universidad de los Andes, p. 91.

"Son originarios o innatos, en cuanto que derivan de la misma cualidad de hombre y no necesitan del concurso de formalidades externas para existir". Díez Díaz, op. cit., p. 23. Pero el carácter de innatos no puede hacer referencia a que sean anteriores (axiológicamente) al ordenamiento, pues es esto último quien en definitiva determina hasta sus propios sujetos.

- (51) En este sentido personalidad (o subjetividad) y capacidad jurídica pueden verse como la posición en parte actual y en su mayor parte potencial del sujeto como destinatarios (o puntos de atribución —zurechnung—) de los valores (o intereses jurídicamente relevantes) del sistema. Ver FALZEA, Angelo, Capacità. Enciclopedia del Diritto Giuffrè-ed. Milano.

- (52) "No debe excluirse... que algunos comportamientos humanos tengan valor jurídico incondicionado, así ocurre en general con los modos de conducta conformes a intereses protegidos por principios constitucionales generalísimos. La continuidad y constancia de tales intereses exige una actitud práctica de respeto permanente de modo que su existencia no está ligada a la verificación de particulares acontecimientos". FALZEA, op. cit. p. 56.

circunstancias o cualidades (además de la capacidad jurídica y la personalidad) para que se integren a la esfera subjetiva (53). Tal es el caso del "derecho" al nombre que presupone ciertas formalidades (inscripción en el Registro) para adquirir relevancia jurídica, o de aquellos otros que solo eventualmente se adquieren (que solo surgen al verificarse otros hechos) como por ejemplo el "derecho" moral de autor que presupone una creación intelectual o artística del sujeto (54).

También debe repararse en el hecho de que existen otros derechos que a pesar de estar latentes (potencialmente presentes) desde el momento mismo del nacimiento del sujeto, requieren un mínimo de madurez por parte de aquel para adquirir sentido. Tal es el caso del "derecho" al honor (55).

b) Una segunda acepción que se ha dado al término de "derecho" innato es la de ser esencial.

Pero también es necesario hacer algunas observaciones al respecto.

"La esencialidad —nos dice ONDEI— es inherente a algunos derechos, como la vida y la libertad. . . pero. . ., no todos los derechos de la personalidad ordinariamente reconocidos como tales, son en este sentido esenciales. Los derechos a la imagen y a otros signos distintos tienen una tutela jurídica reciente, y los derechos inherentes a los status personales (familia, ciudadanía) pueden también no subsistir, modificarse y extinguirse.

Por otra parte, hay derechos que no son de la personalidad pero que son considerados esenciales. . ., por ejemplo: domicilio, asistencia y alimentos" (56).

Por su parte Vercellone, considera que "la esencialidad de un derecho puede ser negada o afirmada según la opinión general de los jueces o de los autores. No sirve afirmarla o negarla a priori, debe primero comprobarse si el legislador ha dicta-

do tal disciplina por la cual, verdaderamente cada derecho puede considerarse esencial" (57).

Como ya hemos expresado con anterioridad mediante los "derechos" de la personalidad se pretende tutelar determinados valores.

Esos valores no ocupan una misma posición en un mismo grado de jerarquía. Por otra parte, no todas las personas coinciden en la determinación de su propia escala de valores, por lo que está lejos de constituir un parámetro fijo, es flexible y cambiante. Para ciertas personas en determinados momentos, el honor puede tornarse en el valor máspreciado y para "conservarlo" o "recobrarlo" no dudan en sacrificar la libertad y hasta la propia vida.

Si se deja al Ordenamiento jurídico la tarea de determinarla sucede parecido: según las circunstancias histórico-políticas se puede alterar la graduación de la escala de valores. Por lo que en definitiva, el criterio jerárquico estará determinado por la importancia del valor tutelado en el respectivo ordenamiento, así como por el rango formal de la disposición que lo acoja.

2) Derechos subjetivos privados.

Los "derechos" de la personalidad son de carácter privado, según la opinión dominante, por reunir tres requisitos:

- a) Corresponden a los individuos como simples seres humanos.
- b) Aseguran el goce del propio ser (58).
- c) Constituyen una protección frente a los particulares y la propia administración.

Pero también en este punto hay heterogeneidad, afirma la doctrina, porque algunos de los derechos de la personalidad pueden ser catalogados como derechos subjetivos públicos. ("así la fuerte tendencia publicista de los derechos de libertad

(53) "En los otros casos la norma se configura como una proposición hipotética o condicional". Falzea, *Ibid.*, págs. 56-57.

(54) "No es en cambio un derecho innato, pues presupone como hecho constitutivo la creación intelectual". Castán Tobénas, *op. cit.*, p. 366.

(55) "En cuanto a la característica de innatos, se puede observar:

- a) que algunos derechos de la personalidad vienen a existir no simultáneamente al nacimiento del sujeto, sino enseguida, y solo eventualmente, al verificarse otros hechos: un derecho relativo al retrato, o a las cartas misivas, o al considerado derecho moral de autor, nacen solo cuando de la persona se ha tomado una foto, esta persona ha enviado o recibido una carta o ha producido una obra del ingenio;
- b) que en lo relativo al derecho al honor, es probable que su nacimiento esté subordinado a la adquisición por parte del sujeto de un mínimo de madurez síquica que lo haga capaz de afectar su sensibilidad por las ofensas. Por otra parte, no existe la "reputación" de un "infante".

Novísimo Digesto p. 1087.

(56) ONDEI I, *op. cit.*, p. 237.

(57) Novísimo Digesto, p. 1087.

(58) "Van destinados sobre todo, a asegurar el goce del propio ser, físico y espiritual". Díez Díaz, *op. cit.*, pág. 23.

civil") (59), o por lo menos se puede decir de algunos de estos derechos que participan de ciertos rasgos de Derecho Público, pues aparecen para el particular como especie de poderes-deberes. Tal es el caso del derecho al nombre (60). Todos tenemos que poseer uno, y además la obligación de usarlo, pero a la vez tenemos la facultad de disponer de él en ciertos aspectos, por ejemplo firmar una pancarta, "aportarlo" para constituir una sociedad, excluir a otros de su disfrute, evitar que hagan uso indebido de él, etc.

Por otra parte las normas que regulan la personalidad jurídica tienen un marcado carácter público que se traduce en una indisponibilidad. Este término debe interpretarse de una manera amplia. En principio los "derechos personalísimos" son por su misma naturaleza no susceptibles de disposición privada.

Pero no hay que incurrir en dogmatismos: el ordenamiento jurídico, el orden público, la moral y las buenas costumbres constituyen el marco de la autonomía privada. Dentro de esos límites, le es lícito al sujeto desarrollar su actividad privada.

El sujeto incluso puede disponer en ciertos sentidos de aspectos conexos con los valores de la personalidad, dentro de la esfera del actuar lícito (puede trabajar en un circo, aunque ponga en juego su integridad física acceder a una operación quirúrgica, posar para una revista etc.).

Fuera de esos límites no hay disposición posible de los "valores" de la personalidad.

Lo que debe quedar en claro es que dichos valores (en su etapa inicial, como poderes) no son susceptibles de renuncia ni de transmisión alguna.

SON IRRENUNCIABLES: (61) Las personas no pueden renunciar a la vida, a la libertad, al nombre, etc. (62).

Así v.g. una persona que se comprometía a un contrato de esclavitud, o a tolerar una lesión de carácter permanente (extracción de un ojo...) puede, luego negarse a cumplir porque un contrato de tal naturaleza no es válido; la vida, la libertad, la integridad son irrenunciables.

SON INTRANSMISIBLES: (63) El Ordenamiento jurídico excluye la posibilidad que el titular de un "poder" de la personalidad pueda transferirlos a otra persona. Son en este sentido, inherentes al hombre (64) lo acompañan hasta su muerte (parte de la doctrina ha llegado a concluir que algunos sobreviven al titular —honor, imagen—).

Pero ¿significa esto que pueden ser transmitidos a causa de muerte?

La respuesta debe ser negativa pues su naturaleza misma lo impide. "La aparente sucesión que se suscita como posible en el ejercicio de tales derechos (por ej. tutela posterior del honor, poder de publicación de la imagen y correspondencia, ejecución del derecho moral de autor) deben considerarse como derechos concernientes "iure proprio" a las personas legitimadas (65) y no como derechos adquiridos por transmisión por parte del difunto titular" (66).

SON IMPRESCRIPTIBLES: El no ejercicio no produce la extinción de los mismos.

Son derechos "inherentes" al hombre y su falta de ejercicio no producen incerteza (67). "Su

(59) Díez Díaz. Op. cit., pág. 23.

(60) Art. 31 C.C. "toda persona tiene el derecho y la obligación de tener un nombre que la identifique. . .".

(61) "Llamamos renuncia a la dejación o abandono de un derecho por su titular sin transmitirlo a otra persona". Castán Tobeñas, op. cit. p. 82. "En principio todos los derechos pueden ser objeto de renuncia. Sólo se exceptúan por la doctrina científica: 1) Los inherentes a la persona humana; 2) Los que al mismo tiempo constituyen a un deber y están ligados a una obligación". Ibid. p. 84.

(62) "Jamás podrá despojarse de ellos, y en definitiva constituye una garantía de estabilidad jurídica". Anuario Universidad de los Andes pág. 89.

(63) "La intransmisibilidad puede referirse a los actos "intervivos" (alienabilidad) o las "mortis causa" (heredabilidad)". Castán Tobeñas op. cit., pág. 22.

(64) "Nexo orgánico que conlleva la inseparabilidad del objeto a titular del mismo". Anuario Universidad de los Andes, pág. 29.

(65) Sobre el concepto de la legitimación para recibir (en materia sucesoria) V. Pérez Víctor, *Existencia y capacidad de las personas* p. 137.

(66) Ondei op. cit., pág. 241.

(67) La imprescriptibilidad de ciertas situaciones jurídicas encuentra específica razón de ser en que en tales casos la falta de ejercicio —la inercia del titular— no genera una incerteza. V. Imprescriptibilidad; Pérez Víctor, la prescripción negativa y la caducidad en el Derecho Civil costarricense. Rev. Cienc. Jur. No. 24, 1974, pág. 364.

titularidad no se puede alterar por la inercia del titular en su ejercicio o con la abstención de su gozo" (68).

Tampoco puede ser objeto de prescripción positiva el que una persona use toda la vida un nombre de otro, no le convierte en titular. Esto tiene cierta relevancia en el caso de seudónimo (art. 40. . .) pero no es la regla.

SON EXTRAPATRIMONIALES: (69) Se ha dicho que los "derechos" de la personalidad no surgen hasta el momento de su violación (en cuanto derechos relativos de crédito).

Esta afirmación, es cierta en principio: los derechos de la personalidad en cuanto poderes son extrapatrimoniales lo que no obsta para que al actualizarse, (en el momento de la violación) den lugar a un derecho patrimonial (derecho a la indemnización) (70).

Como consecuencia de su extrapatrimonialidad los valores de la personalidad son inembargables, inexpropiables y no susceptibles de pignoración

(71). Imposibilidad lógica derivada de su misma naturaleza jurídica.

Otra característica que se le atribuye a los "derechos" de la personalidad es la de ser absolutos. Esta es una opinión discutible.

En doctrina hay discrepancia en cuanto a la determinación del verdadero sentido del término.

Hay quienes sostienen la tesis de que son derechos oponibles contra todos los hombres (72). Y quienes lo critican diciendo que más bien se trata de derechos que implican una relación con una cosa o bien (73).

Castán (exponente de la primera teoría) admite que los "derechos" de la personalidad solo cumplen con una de las características (posibilidad de accionar) de los derechos subjetivos careciendo de renunciabilidad y transmisibilidad (74).

En cuanto a la segunda opinión también surgen dudas puesto que estaría bastante cerca de los *ius in se ipsum* y sus variantes.

En conclusión: los valores de la personalidad no pueden ni deben ser incluidos apriorísticamente dentro de los derechos absolutos (75).

SUJETO Y OBJETO DE LOS "DERECHOS DE LA PERSONALIDAD"

Otro punto conflictivo en el estudio de los "derechos" de la personalidad ha sido el de la determinación de los presupuestos espaciales (sujeto y objeto).

1.—Con la doctrina de los "*IUS IN SE IPSUM*", se inició la polémica en torno a la determinación de aquellos.

Los seguidores de esa teoría hablaban de un derecho del hombre sobre su propia persona (76).

De manera que si se admitía que el hombre tenía un derecho sobre sí mismo, se tenía que concluir que el hombre era sujeto de un derecho del que él mismo era objeto.

(68) V. Messineo, op. cit., p. 75.

(69) "Derechos patrimoniales son aquellos que forman parte del patrimonio de la persona, esto es, lo que garantiza a titular bienes (cosas y servicios) que son pecuniariamente estimables, frente a los no patrimoniales que garantizan intereses ideales, posiciones o estados no susceptibles de una estimación pecuniaria. Los primeros pueden ser objeto de transmisión, disposición y prescripción, lo que no sucede con los segundos". Castán op. cit., págs. 23-24.

(70) "Cuando se lesiona un derecho de la personalidad surge en el sujeto un derecho al resarcimiento del daño. . . La equivalencia entre un derecho al resarcimiento del daño y el derecho lesionado de la personalidad es una equivalencia de carácter indirecto. . . no entre la suma de diverso atribuida a título de resarcimiento y la vida, la integridad física, etc. . . sino entre aquella y los bienes patrimoniales que la vida, la integridad física, etc., puedan hacer obtener al sujeto". De Cupis, op. cit., págs. 46-47.

(71) Ver Díez Díaz, op. cit. p. 24.

(72) Ver Capitant Henri, Vocabulario Jurídico, Buenos Aires, De Palma, 1973, p. 205 y Castán Tobeñas, op. cit., p. 20.

(73) Ver Santi Romano, op. cit., págs. 138 y 55.

(74) Ver Castán Tobeñas, op. cit., p. 15.

(75) Problema que abordaremos en otro título del presente trabajo por lo que no insistimos más en el punto.

(76) "Se acentuaba la analogía con los derechos absolutos y patrimoniales, sustituyendo a la "res" con el hombre como objeto del usufructo de parte del hombre mismo", VERCELLONE, "*Nouissimo Digesto*", págs. 1083-1084.

De aquí arrancó la mayor crítica que se ha hecho a esta primera doctrina, la identificación entre sujeto y objeto.

- 2.—Algunos autores la han combatido abiertamente por considerarla inadmisibile mientras que otros la han aceptado, pero con ciertas modificaciones (77) o por lo menos con un cambio de interpretación.

Así surgieron algunas variantes como las siguientes:

- Sujeto es el hombre como ser espiritual, mientras que objeto es el cuerpo de aquel (78).
- "Objeto es la persona como síntesis sicofísica (no solo el cuerpo) en su unidad viviente, la persona en sentido biológico, en suma; sujeto en cambio, es la persona en sentido técnico-jurídico, precisamente en sentido de sujeto de derecho" (79).

- 3.—También se ha visto, según otras posiciones doctrinales, como objeto de estos derechos, las distintas manifestaciones de la personalidad del sujeto, más que su propia persona: "El objeto de cada uno de los derechos sobre la personalidad consiste en una manifestación determinada de la personalidad humana (80). Implícitamente también lo reconoce así VANNI: "...No son derechos sobre la propia persona, sino simplemente un derecho a la inviolabilidad de la persona en sus diversas manifestaciones..." (81), las cuales "asumen la calidad de bienes autónomos y bien diferenciados los unos de los otros y sobre todo, distintos de la persona en su conjunto, la cual es en cambio, el sujeto de

todos estos derechos, cada uno con su propio objeto" (82).

- 4.—Otros autores han inclinado su opinión en el sentido de que el objeto de los mismos no lo constituyen ni la persona misma, ni una manifestación de la personalidad de esta, sino más bien cada uno de los atributos o cualidades (físicas y morales) de la persona (83).

- 5.—Otros autores consideran que el objeto de estos derechos lo constituyen los otros hombres obligados a respetar el derecho: "Objeto no es ya la res, sino los otros hombres obligados a respetar el goce... la vida, el cuerpo, el honor, son términos de referencia de la obligación negativa que incumbe a la generalidad" (84).

Esta concepción ha sido criticada por gran parte de la doctrina. Así, Castán se pronuncia sin lugar a dudas en su contra: "*Podemos, en conclusión, —nos dice— aceptar como doctrina más segura la de que el objeto de los derechos de la personalidad no se encuentra ni en la persona misma del titular, ni en las demás personas vinculadas a una obligación pasiva universal, (idea esta que significaría una confusión entre los derechos absolutos y los relativos)*" (85).

NUESTRO PUNTO DE VISTA

A nuestro modo de ver todas estas discusiones se fundan en un equívoco. Se ha querido determinar el objeto de los "derechos" de la personalidad a toda costa sin llegar a la solución correcta: los "derechos" de la personalidad no tienen objeto. Este es un punto de conexión posible pero no

(77) "Según nuestro criterio, un defecto de construcción jurídica y no una admisibilidad lógica, viciaba la teoría de los "ius in se ipsum". DE CUPIS, op. cit., p. 30.

(78) Bien pronto se empezaron a formular objeciones a esta concepción porque "el cuerpo no podía ser considerado como objeto de derechos que aparecían puestos para protección de intereses absolutos y espirituales, como, por ejemplo el honor personal", NOVISSIMO DIGESTO, pág. 1083.

(79) VERCELLONE, "Novissimo Digesto", p. 1084.

(80) CAMPOGRANDE, cit. por CASTAN TOBEÑAS, op. cit., pág. 331.

(81) VANNI, citado por OBANDO SALAZAR, Anuario de la Universidad de los Andes, pág. 20.

(82) Novissimo digesto, p. 1084.

(83) "El Objeto no es la persona, sino un atributo de ella... No tiene por objeto bienes y cosas exteriores sino facultades propias de la persona en cuanto constituyen la esencia misma del propio ser" BONET ROMAN, op. cit., pág. 484.

"Abandonada lentamente la idea de fundamentar la naturaleza de estos derechos sobre la propia persona... los derechos de la personalidad quedarán independizados y el objeto de estos no será ya la persona sino una cualidad de la propia persona" (MAROI, cit. en Anuario de la Universidad de los Andes, p. 20, V. MESSINEO, Francesco, op. cit., pág. 4).

Reafirma este criterio Castán Tobeñas: "El objeto de los derechos de la personalidad... se encuentra... en los bienes constituidos por determinados atributos o cualidades, físicas o morales del hombre, individualizadas por el ordenamiento jurídico" (CASTAN, op. cit., pág. 332).

(84) FERRARA, cit. en Anuario de la Universidad de los Andes, op. cit., pág. 70.

(85) CASTAN, op. cit., pág. 332.

necesario entre causa y efecto por lo que puede faltar sin que por ello se desvirtúe la figura (86).

En este sentido, cabe concluir, que los "derechos" de la personalidad tutelan valores de la persona, pero los mismos no son el objeto de aquellos

sino su sustrato. El sujeto de tales "derechos" sí es necesario y lo constituye, en el caso de la persona física, el hombre como ser total (síntesis de aspectos físicos, síquicos mentales, espirituales y como ser de relación).

PARTE SISTEMATICA

INTRODUCCION

Una vez esbozados los fundamentos generales de los "derechos" de la personalidad se hace necesario analizar uno a uno los que usualmente se incluyen dentro de esa categoría, para comprobar si todos se ajustan a los rasgos fundamentales de la misma o si por el contrario deberían excluirse de tal calificación por no tenerlos (87).

La mayoría de la doctrina considera que el derecho a la vida, la integridad física, a la propia imagen, al nombre y el derecho moral de autor, deben ser considerados dentro de esa categoría autónoma de "derechos" (88).

También se suelen incluir: el derecho al honor, al secreto y la reserva, a la libertad y hasta al cadáver y partes separadas del cuerpo,

Algunos autores incluyen hasta el derecho al trabajo, a enseñar y aprender, al monopolio, etc. como hemos visto en su oportunidad.

Ningún autor de los estudiados incluye un "derecho" a la integridad psíquica, mental o espiritual que nosotros consideramos fundamental (según nuestro enfoque planario del ser humano (unidad física, síquica, intelectual, espiritual y ser de relación).

IMAGEN:

La doctrina ha hablado de un "derecho" a la

imagen considerando como tal, "aquel que la persona tiene a su propia representación externa" (89) y que viene a ser una especie de proyección de la persona. En tal sentido se le ha dado relevancia jurídica no en su aspecto objetivo: lo que la imagen significa para el titular y para las demás personas con las que aquel se relaciona es lo que al Derecho le interesa tutelar.

En páginas anteriores hemos mencionado que la concepción de hombre como ser total, abarca también aspectos de relación (90).

Al sujeto le interesa proteger la proyección objetivada (retrato v.g.) debido a que de su "buena imagen" depende en mucho el desenvolvimiento de su vida de relación (fundamental para el ser humano).

Este interés puede ser protegido jurídicamente en varios sentidos.

Se le atribuye a todo ser humano el poder o facultad de difundir su imagen, de utilizarla dentro del marco de licitud (ley, orden público, buenas costumbres). De esta manera el sujeto puede exponerla, publicarla y hasta comerciar con ella, o dar su consentimiento para que un tercero lo haga (91). Pero como el poder dado por el ordenamien-

(86) FALZEA: "La función fundamental de punto de vinculación solo puede ser absoluta entonces por el sujeto. Sin embargo, lógicamente por capacidad de permanencia indefinida en el tiempo, el objeto es candidato a ser un punto de vinculación si no necesario, al menos posible, entre el hecho jurídico y el componente de hecho del efecto jurídico". Eficacia Jurídica, pág. 65.

(87) Se ha aclarado que "la ciencia tiene necesidad de un sistema propio de categorías (o, como se suele decir, de una teoría general) que sea capaz de darle los universales puntos de partida y de referencia y los itinerarios universales para su investigación, sin perjuicio de las ulteriores constataciones de hecho". DE STEFANO, Rodolfo.

(88) Así Díez Díaz, De Cupis, Aguilar Corrondoña, Messineo, Castán Tobeñas, De Castro.

(89) Ver Revista Universidad de Antioquia, p. 73.

(90) Hombre como ser social. V. ARISTOTELES POLITICA y CONDE, Francisco Javier. El hombre animal político.

(91) "La imagen pertenece a la persona, ella sola puede exponerla, publicarla, o ponerla en el comercio, pueden hacerlo los terceros siempre que cuenten con el consentimiento. . ." Messineo, op. cit., p. 20.

to al sujeto es de carácter irrenunciable, en el momento en que con la publicación se le causen perjuicios, puede "revocar" su consentimiento y pedir una indemnización por los mismos.

Con relación a la imagen hay dos intereses contrapuestos que el Ordenamiento jurídico debe armonizar:

- a) el interés de proteger la vida privada del sujeto.
- b) la necesidad de informar al público en una forma amplia para la formación de la opinión pública y la cultura.

Por esta razón, se establecen ciertos casos de excepción: "Cuando esté justificada por la notoriedad o por el cargo público desempeñado o por las necesidades de Justicia o de policía, por fines científicos, didácticos o culturales, o cuando esté vinculada a hechos, acontecimientos o ceremonias de interés público, o que se hayan desarrollado en público" (92).

Esto no significa una desprotección total para el titular puesto que deben cumplir con ciertos requisitos (que no atenten contra la ley, el orden público, las buenas costumbres y que no causen perjuicio serio a la persona cuya imagen se ha reproducido) (93).

A fin de ampliar estas ideas y en vista de que nuestra legislación positiva (94) es casi idéntica en este punto a la italiana, nos permitimos transcribir a continuación los comentarios del profesor Pugliatti sobre dicho texto:

La tutela de la imagen:

"Especificación o modificación típica de la tutela aquí considerada, es aquel derecho por medio del cual la persona puede reaccionar "contra la arbitraria difusión de su imagen" (DE CUPIS). El artículo 10 (Código Civil italiano) establece, en primer lugar, la prohibición de exponer o publicar

la imagen de una persona. . . resolviendo así una vieja disputa, entre escritores que propugnaban la tutela específica del derecho a la imagen, y escritores que sostenían que tal tutela debía remitirse a otros intereses o bienes: en particular al honor de la persona. Esta última tendencia debe considerarse, sin duda, superada por nuestro legislador, dado que el mismo artículo 10 (It.) en la segunda parte, establece la prohibición de exposición o publicación de la imagen cuando derive perjuicio al honor o a la reputación de la persona. . . (C.C.C.R.: "La fotografía o la imagen de una persona no pueden ser publicadas, reproducidas, expuestas o vendidas en forma alguna si no es con su consentimiento. . .").

El principio fundamental, tal como resulta de la coordinación del art. 10 C.C. y del art. 96 de la L. 22 abril 1941, No. 633, es que la imagen de la persona no puede ser expuesta, reproducida o publicada sin el consentimiento de la persona misma, salvo las hipótesis excepcionales previstas por la ley. Tal principio no sufre restricciones, por lo que debe rechazarse la tesis, según la cual la tutela se podría obtener solamente cuando la reproducción de la imagen refleje la vida íntima de la persona (tesis de Ferrara, Funaioli).

La tutela relativa al derecho a la imagen, dentro de sus límites es bastante intensa; ella prevalece aún sobre la tutela concedida al derecho de autor (art. 96 L. 22 abril 1941).

Sin embargo, la ley ha tratado de contemperar, en esta delicada materia, el interés privado y el interés público: en efecto, el retrato puede ser expuesto, reproducido o puesto en el comercio, no solamente cuando exista el consentimiento de la persona retratada, sino también:

- a) cuando la reproducción de la imagen está justificada por la notoriedad o por la función pública, por necesidades de justicia o

(92) Messineo, op. cit., p. 20. Nuestro Código Civil, casi con las mismas palabras, reproduce tal idea (art. 29).

(93) Nuestra legislación no ha recogido en forma específica esta tutela, pero podría intentarse la acción basándose en el art. 1075 (Indemnización del daño moral).

(94) Arts. 29, 30 y 41, Código Civil.

ARTICULO 29. Código Civil: "La Fotografía o la imagen de una persona no pueden ser publicadas, reproducidas, expuestas o vendidas en forma alguna si no es con su consentimiento, a menos que dicha reproducción esté justificada por la notoriedad de aquella, por la función pública que desempeñe, por necesidades de justicia o de policía, o cuando la reproducción se haga en relación con hechos, acontecimientos o ceremonias de interés público o que tengan lugar en público".

ARTICULO 30: "Si la imagen o fotografía de una persona se publica sin su consentimiento y no se encuentra dentro de alguno de los casos de excepción previstos en el artículo que precede, aquella puede solicitar al juez que, como medida cautelar, y sin recurso, suspenda la publicación, exposición o venta de las fotografías o de las imágenes, sin perjuicio de lo que se resuelva en definitiva".

ARTICULO 41: "Se establece el derecho a obtener indemnización por daño moral, en los casos de lesión a los derechos de la personalidad".