

PROYECTO DE LEY SOBRE PROTECCION A LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

Solange Doyharçabal C.

Claudia Schmidt H.

Francisco Merino S.

Profesores de Derecho Civil (*)

INTRODUCCION

Todo hombre, atendida su naturaleza, es titular necesario de los derechos que le asaeguren el señorío de su persona y la posibilidad de realizarse plenamente, tanto en el plano individual como comunitario. Tales derechos nacen con él y no constituyen, en consecuencia, una concesión graciosa del ordenamiento legal, al cual sólo cabe reconocerlos y protegerlos.

Todo hombre, desde luego, constituye una unidad esencial cualquiera sea el plano de su actuación: miembro de la comunidad internacional, súbdito del Estado, sujeto de relaciones privadas; pero, cualquiera sea el plano de su actuación o de su consideración, los derechos consustanciales a su calidad son unos mismos, no obstante que, para su sistematización, y sólo para ello, sea dable nominarlos de manera diferente: Derechos Humanos, Derechos Constitucionales, Derechos de la Personalidad. Tales derechos, en cuanto a su contenido y al interés jurídico que protegen, son unos mismos, sólo cambian de denominación en cuanto, en un momento determinado, pueden ser oponibles.

Los primeros reconocimientos positivos de los derechos inherentes a toda persona (Carta Magna de 1215, Declaración de la Independencia Americana, 1776 y, principalmente, la Declaración de los derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789) tuvieron una importancia esencialmente política y como finalidad fundamental resguardar al individuo de los excesos del Poder. Distintas concepciones totalizadoras y absorbentes de los individuos por el Estado, que empezaron a aflorar en la segunda década del actual siglo, y que pretendieron transformar al hombre sólo en un factor de condicionamiento social, hizo que, por sus excesos, se despertara la conciencia entre las naciones que el valor de la persona humana, en cuanto a tal, y el reconocimien-

* Los autores de este trabajo conforman la «Comisión Permanente de Reformas Legales» del Departamento de Derecho de la Universidad Gabriela Mistral, y en esa condición formulan la proposición de proyecto de ley que se expone al final de este trabajo.

to y respeto de sus derechos, no es materia que interese únicamente a los distintos gobiernos respecto de sus gobernados, sino que constituye un problema que interesa a la Comunidad Internacional toda, del cual no puede desentenderse; conciencia de este reconocimiento es la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948.

Más los avances de la vida moderna, especialmente de carácter científico y tecnológico, posibilitan de manera evidente la intromisión lesiva de los particulares en la esfera privada de otros individuos; a éstos ya no les basta encontrarse protegidos frente a los excesos del poder. Se requiere estructurar, también, un sistema proteccional efectivo contra los excesos de otros que se encuentren con él no en un plano de autoridad sino de igualdad jurídica. Tal protección no es posible encontrarla en los códigos civiles clásicos; en ellos, la preocupación fundamental son los bienes, y únicamente interesa la persona, salvo tímidas situaciones excepcionales, como polo de referencia de relaciones jurídicas patrimoniales (estado civil, domicilio, capacidad, etc. constituyen pruebas fehacientes de tal afirmación). Son los Tribunales de Justicia los primeros que captan tal falencia de protección de los derechos de la personalidad en el plano de las relaciones intersubjetivas, que da lugar, posteriormente, a una interesante construcción doctrinaria y es recogida, luego, por la legislación civil.

El estudio del Derecho Comparado, nos lleva a concluir que el tratamiento de la persona, no sólo en cuanto a polo de relaciones jurídicas privadas, sino, fundamentalmente, en cuanto a su naturaleza como tal, a la protección de sus derechos naturales, es una cuestión que interesa particularmente al Derecho Civil. El Derecho Civil es, sin lugar a dudas, un Derecho de Bienes, pero ante todo y por sobre todo es un Derecho de la Persona, tanto en su proyección individual como familiar y comunitaria.

Debe dejarse de lado el complejo que hábilmente han sabido inculcar (quizás, también, interesadamente) los cultivadores del Derecho Público en el ánimo de los civilistas, en el sentido que el estudio de los derechos de la persona, es un campo jurídico en el cual sólo ellos tienen competencia. El estudio de la persona, el establecimiento de un sistema proteccional para sus relaciones intersubjetivas, son propias del Derecho Civil; como son propias del Derecho Constitucional las tareas de analizar a la persona como súbdito del Estado y, como tal, consagrar y cautelar sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones; al igual que corresponde al Derecho Internacional ese mismo análisis en la perspectiva del hombre como sujeto integrante de la Comunidad Internacional.

Sin lugar a dudas tres puntos de vista diferentes pero no excluyentes; por el contrario, perfectamente complementarios; aún más, necesarios para garantizar a todas las personas el pleno respeto de sus derechos como tal tanto en sus relaciones intersubjetivas con los demás hombres en un plano de igualdad como súbdito del Estado y como miembro de la Comunidad de Naciones.

I. ANTECEDENTES HISTORICOS

Según Messineo «los Derechos de la Personalidad constituyen una categoría desconocida en los ordenamientos jurídicos antiguos y son una conquista del último siglo» (1), afirmación que hay que entender en el sentido de que antes no se habían formulado como derechos especiales subjetivos, aunque sí se habían protegido en cierta manera algunos de estos valores o facultades de la personalidad, resaltando algunos autores que, tanto en Grecia como en Roma, se castigaron las ofensas físicas y morales a las personas. Concretamente, el Derecho Romano conoció la «actio iniuriarum».

Más adelante en el tiempo, la escolástica enseñará que el hombre no sólo posee bienes exteriores sino además posee otros bienes que están en su misma persona o en su mismo cuerpo. Entre estos bienes se mencionan la tranquilidad y sosiego del ánimo y también la libertad. Según el criterio escolástico el honor y la fama también son bienes pero distintos de los anteriores, de otra naturaleza. Tanto los unos como los otros pueden ser lesionados y, en tal caso, surge la obligación de reparar.

Los tratadistas de la escuela española de Derecho Natural se preocuparán del tema y Grocio divulgará estos conceptos entre los autores germanos, por mientras que los romanistas continúan estudiando la «actio iniuriarum» y otras acciones como la «moribus et consuetudine» que se dirigían a obtener una indemnización pecuniaria o una retractación pública. La escuela de Derecho Natural Racionalista señala la existencia de ciertos derechos innatos, absolutos o incondicionales. Más tarde y, a consecuencia de la Revolución Francesa, estos derechos tomaron una connotación política y así fueron incluidos en las constituciones políticas europeas de la época. Curiosamente este sentimiento político provocó una reacción en contra por parte de los espíritus más conservadores. Por su parte los códigos civiles clásicos no los mencionan, salvo, quizás, el español, de 1820.

II. DOCTRINA Y CONSTRUCCION JURIDICA DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD EN EL DERECHO COMPARADO

Poco a poco se fue abriendo paso la idea de que todo ser humano tiene necesidad de libertad, tranquilidad y otros bienes para desarrollar su personalidad y que esta necesidad primordial da a todo individuo la facultad de gozar de tales derechos bajo la protección de la ley. Esto hizo que a fines del siglo XIX el problema cobrara nuevo interés.

El jurista suizo Roguin en 1889, en su obra «La règle de droit» expresa con enorme acierto: «En el número de los derechos absolutos, y ocupando el

¹ Consultar Díez Picazo Luis. *Lecciones de Derecho Civil, I, Parte General*, Universidad de Valencia. Facultad de Derecho, Madrid 1967. Pág. 327.

primer lugar entre los derechos privados, están aquellos que posee la persona, sujeto activo, sobre su cuerpo, su actividad, su honor, en una palabra, sobre todas sus facultades físicas y mentales o sobre algunas de ellas»⁽²⁾. Es de destacar la sencillez y precisión con que señala cual es el objeto del derecho, punto sobre el cual los juristas posteriores no llegarán a acuerdo y que determinará la discusión acerca de la naturaleza jurídica de los derechos de la personalidad.

Si hemos de creer a Carbonnier, Francia recibió la noción de estos derechos justamente a través de la obra de Roguin provocando el interés de Boistel (1899), Perreau (1909) y más tarde Nerson (1939). Digamos que la primera mención a los derechos de la personalidad en el Derecho francés aparece en el fallo Lecocq de 25 de junio de 1902 en un caso sobre derecho moral del autor y del artista. A continuación, tanto la doctrina como la jurisprudencia se van a apropiarse del término, el cual quedó consagrado por Perreau en 1909 en una crónica de la Revista Trimestral de Derecho Civil.

En Alemania, a principios del siglo XX se discutió acaloradamente sobre si debían o no reconocerse los derechos de la personalidad. En 1905, Edouard Hölder publica su obra: *Natürliche und «Juristische Personen»* (Personas Naturales y Jurídicas), donde dice: «Los términos persona y personalidad se usan frecuentemente en un mismo sentido. La segunda palabra designa una cualidad, la primera una cosa que posee aquella cualidad. ambas pueden aplicarse en un mismo sentido porque no existe persona sin personalidad, ni personalidad sin persona que le corresponda»⁽³⁾.

Muy poco antes Otto Von Gierke, en 1895, en su obra «*Deutsches Privatrecht*» (Derecho Privado Alemán) se había mostrado totalmente partidario de los derechos de la personalidad. Así decía: «Llamamos Derechos de la personalidad a aquel que garantiza a sus sujeto el dominio sobre un sector de la propia esfera de la personalidad. Con tal nombre se designan «los derechos de la propia persona», y, al destacar la especialidad de su objeto, se distinguen de todos los demás derechos... Los derechos de la personalidad son diferentes, como derechos privados especiales del Derecho general de la personalidad, que consiste en una reivindicación general, garantizada por el ordenamiento jurídico, de contar como persona. El Derecho de la personalidad es un derecho subjetivo que debe ser respetado por todos». ⁽⁴⁾ Los adversarios de la concepción de los derechos de la personalidad sostenían que estas adquisiciones eran inútiles porque el Derecho, sin necesidad de esta doctrina, había protegido a las personas de las violencias y ofensas a través de la reclamación civil por daños. Los derechos de la personalidad sólo ofrecerían interés para el caso de que la ley no diera garantías suficientes de protección. Así fue que

² Citado por Fueyo L. Fernando en *Instituciones de Derecho Civil Moderno*. Ed. Jurídica de Chile. Primera Edición marzo 1990, Pág. 16.

³ Citado por Hattenhauer Hans en *Conceptos Fundamentales del Derecho Civil*. Editorial Ariel S.A. Barcelona, Primera edición julio 1987. Págs. 22 - 23.

⁴ Citado por Hattenhauer Hans, Ob. cit.; pág. 23.

el Código civil que se dictó no incluyó esta noción de derecho de la personalidad y se contentó con proteger en forma más clara los derechos individuales de la personalidad tales como la vida, cuerpo, salud, libertad, propiedad, etc.

Este Código Civil permaneció durante la época nacional socialista pero la praxis política anuló el concepto de persona como individuo con un valor en sí y erigió el concepto de persona como individuo que sólo tiene una función de *condicionante social* (*tú no eres nada, tu patria lo es todo*).

Después de 1945 con la caída del Reich, los juristas se propusieron rectificar errores. Claro ejemplo lo constituye la obra de Heinrich Hubmann: «El Derecho de la Personalidad», publicada en 1950, donde si bien se afirman con mucha fuerza estos valores no clarifica tampoco la naturaleza jurídica de estos derechos. Dice: «El Derecho general de la personalidad jurídica. La capacidad jurídica significa el reconocimiento de la persona humana como ser intelectual, autónomo y autosuficiente en las relaciones que le depara la naturaleza, sin que ello agote la atención que merecen los valores de la personalidad».

«En sus conexiones, la personalidad, en continuo autoperfeccionamiento, adquiere determinados valores que se esfuerza por mantener, asumiendo en sí misma la imagen originaria del hombre, lo que le confiere un valor y trascendencia propios y excluyentes. Tanto el esfuerzo valorativo, como los valores adquiridos merecen una atención sin condiciones por parte de los demás hombres, así como protección contra posibles perturbaciones y violaciones»⁽⁵⁾.

En el panorama internacional, juristas de otras nacionalidades tampoco lograban mayor éxito en dilucidar esta cuestión promoviéndose una verdadera discusión acerca de la naturaleza jurídica de estos derechos:

Con la dictación del Código Civil Italiano de 1942, que reconoció el derecho a la integridad personal, a la imagen y al nombre, el debate adquirió nueva fuerza.

Roberto de Ruggiero y Fulvio Maroi en sus «Instituzioni Di Diritto Privato» afirman que la personalidad no es en si misma un derecho subjetivo sino que fuente y presupuesto de todos los derechos subjetivos. Reconocen que existen derechos complejos y de contenido múltiple que configuran los atributos fundamentales de la personalidad como el derecho a la libertad, el derecho a trabar relaciones patrimoniales, el derecho a testar, el derecho a crear relaciones familiares, etc. En opinión de estos autores estos derechos caracterizan la personalidad humana. Se refieren a la integridad personal; a la *integridad psíquica y social*; al *derecho a la paternidad intelectual*; al *derecho a la libertad personal* en sus múltiples aspectos tales como libertad religiosa, de trabajo, individual, etc. Su transgresión obliga a reparar el daño inferido. Estos autores asignan, por último, una enorme importancia al derecho a los

⁵ Citado por Hattenhauer Hans, Ob. cit.; págs. 26 - 27.

signos distintivos de la personalidad como el derecho al nombre, al seudónimo, a la reserva, a la imagen, al secreto epistolar, telegráfico y telefónico.⁽⁶⁾

Por su parte, Francesco Saverio Azzariti, Giovanni Martínez y Giuseppe Azariti enseñan, según lo expone en su manual de Derecho Civil el jurista chileno Victorio Pescio, «que de la protección jurídica que la ley concede al individuo relativamente a sí mismo, a su propio ser, a aquella parte de su actividad - material o espiritual- que no tiene relación inmediata con una cosa del mundo exterior o con otra persona, nace una categoría de derechos (a la libertad, a la igualdad, al nombre, al honor, a la imagen, a la producción del intelecto, etc.) que precisamente, por no implicar una relación inmediata con cosas o personas del mundo exterior y por ser especial característica de la potestad del individuo sobre sí mismo, esto es, sobre su propia fuerza física o psíquica, se denominan Derechos de la Personalidad o, mejor, Derechos Sobre la Propia Persona ⁽⁷⁾.

Los autores mencionados distinguen entre los derechos sobre la propia persona que son los que el ordenamiento jurídico reconoce al individuo sobre su propio cuerpo vivo, sobre alguna parte separada del mismo cuerpo y sobre el cadáver propio, y los derechos relativos a cosas inmateriales o incorporales como el derecho al nombre, la protección del derecho al nombre, la protección al seudónimo y la protección a la imagen propia. Todas estas situaciones fueron consagradas por el Código Civil italiano en sus artículos quinto al décimo.

En los años transcurridos desde esta polémica, álgida en la década del cincuenta, los juristas no han llegado a acuerdo y la pregunta sigue siendo la misma: ¿Estamos o no frente a derechos subjetivos?

Quienes piensan que no, porque la persona puede ser sujeto de derechos pero no objeto de los mismos y, en consecuencia, no se pueden configurar sobre ellas derechos subjetivos porque carecerían de objeto, siguen amparándose en las opiniones de juristas como, por ejemplo, Alfredo Orgaz, quien en 1946 sostenía «que la personalidad no puede ser objeto de derechos, porque ella, al contrario, es sujeto de todo derecho; esto no varía porque se diferencie de la personalidad sus diversos elementos (vida, integridad, honor, etc.), pues trata siempre, en definitiva, de la protección de la personalidad misma, única e indivisible» ⁽⁸⁾.

Quienes piensan que estamos frente a verdaderos derechos subjetivos, aunque discrepen en precisar cual es el objeto de ellos, pueden sentirse representados por la opinión de César Augusto Abelenda, quien en su Derecho

⁶ Consultar Pescio V. Victorio. *Manual de Derecho Civil (De las personas, de los bienes y de la propiedad)* Ed. Jurídica de Chile. Segunda Edición. Págs. 72 -73.

⁷ Pescio V. Victorio, Ob. cit.; págs. 74 - 75.

⁸ Citado por Vial Victor y Lyon Alberto en *Derecho Civil. Teoría General de los actos jurídicos y de las personas*. Ediciones Universidad Católica de Chile, mayo 1985. Pág. 259.

Civil, Parte General» (Editorial Astrea, Buenos Aires, 1980) sostiene que «frente a la prerrogativa de la persona humana sobre su vida, integridad física, honor, libertad, etc., existe un deber jurídico general de respeto, que es lo que caracteriza a todo derecho subjetivo» (9).

Para terminar, nos ha parecido que esta discusión, que está lejos de terminar, queda claramente sintetizada en su estado actual, en la opinión del jurista español, José M. Lete del Río, que reproducimos a continuación:

«Se discute por la doctrina si la protección de los llamados derechos de la personalidad se realiza otorgando a la persona verdaderos derechos subjetivos que tengan por objeto los bienes personales: el honor, la libertad, la buena reputación, etc.»

«La discusión se ha centrado fundamentalmente en la aparente imposible separación del objeto respecto del sujeto, ya que al no ser aquél externo al sujeto vendría a confundirse con éste, cuando el objeto se debe presentar siempre desligado del sujeto. Pero, en mi opinión, no puede aceptarse esta versión netamente patrimonialista del derecho subjetivo; pues, aunque es cierto que en los derechos de la personalidad se tienen en cuenta unos bienes inmateriales (la vida, el honor, etc.), la idea de bien hay que conectarla no con que éste sea material o inmaterial y se encuentre fuera o dentro de la persona, sino con el interés que el bien representa para el sujeto. No cabe desconocer que el bien solamente es merecedor de protección en cuanto representa un interés, y considero que ello se produce con completa independencia de que aquél se encuentre dentro o fuera de la persona. Es indiscutible que los bienes inmateriales (vida, honor, integridad física, etc.) representan para el sujeto el interés supremo. Y, por lo que se refiere a los derechos de la personalidad, como dice Beltrán de Heredia, «el interés de los mismos se tiene, es un tener que intelectivamente no puede ofrecer diferencia alguna respecto del tener interés en la propiedad de un objeto. No son las cosas, ni los objetos en general lo que el Derecho aprecia, sino la relación necesidad-bien-interés que en torno de los mismos existe. Y ésta, quiérase o no, es la misma en este caso que en los demás. En cuanto ese interés es tutelado, por reputarse digno de protección y ésta efectivamente se concede, estaremos en presencia de auténticos derechos subjetivos». Por consiguiente, la categoría del derecho subjetivo comprende también los derechos de la personalidad, o, dicho de otro modo, la protección y el reconocimiento que el ordenamiento jurídico otorga a los bienes de la personalidad da origen a verdaderos derechos subjetivos a favor de las personas que son sus beneficiarias; y el contenido primario de estos derechos subjetivos será el disfrute del bien protegido, lo que implica de los demás el deber de respetarlo.

Además, si esto no se aceptase, los derechos de la personalidad no tendrían otro efecto que el de exigir de los demás el respeto de la esfera personal; y,

9 Citado por Vial Víctor y Lyon Alberto. Ob. Cit. Pág. 259.

como dicen Diez-Picazo y Gullón, «si los terceros han de respetar nuestra esfera propia, cabe preguntarse si ellos es precisamente así porque es nuestra, porque tenemos un dominio sobre ella» (10).

III LEGISLACION COMPARADA

La Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948 que ya hemos mencionado, declaró en su artículo 12 que nadie será objeto de intromisiones arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de atentados a su honor y a su reputación.

Por su parte, la Convención Europea de Salvaguardia de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales proclamó que toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia (artículo 8, inciso 1).

En el momento actual numerosas legislaciones extranjeras consagran el derecho del individuo al respeto de su vida privada o de su persona, pero cada cual lo hace en distinta forma. Entre esta variedad, podemos, sin embargo, distinguir tres tendencias:

1. Aquella que tienen pocas disposiciones expresas, pero en las cuales del contexto de la legislación, se deriva la existencia de un principio general en este sentido, como por ejemplo, la española.
2. Aquellas que en sus códigos civiles han reglamentado esta materia expresamente, señalando con mayor o menor extensión los derechos que protegen, como por ejemplo, la italiana, portuguesa, etíope y peruana, entre otras.
3. Aquellas en que el reconocimiento y protección de estos derechos se encuentra primordialmente en la labor de la jurisprudencia como sucede, por ejemplo, en la francesa.

IV LEGISLACION ESPAÑOLA

La Constitución Española de 1978 dedica a los derechos de la persona el Título I denominado «De los derechos y deberes fundamentales». El artículo 10.1 proclama que «la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social» (11).

¹⁰ Lete del Río José M. *Derecho de la persona*. Editorial Tecnos S.A. Madrid, 1986. Pág. 174.

¹¹ Citado por Lete del Río José M. ob. cit. pág. 175.

En opinión de los autores, en especial, José M. Lete del Río, en este artículo se contiene un reconocimiento de principio de la existencia de los derechos de la personalidad, en el que deberá apoyarse el intérprete cuando el derecho en concreto no se encuentre expresamente recogido; es decir esta norma ampara un desenvolvimiento progresivo por vía judicial.

El párrafo segundo de esta disposición agrega que «las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados de acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España» (12).

El artículo 14 establece la igualdad de los españoles ante la ley. Los artículos siguientes garantizan el derecho a la vida, a la libertad ideológica, a la libertad religiosa y de culto y a la libertad y seguridad personal. El artículo 18 garantiza el derecho al honor, a la intimidad familiar y personal y a la propia imagen, la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones. También limita el uso de la informativa para garantizar el honor, la intimidad familiar y personal de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos. En el artículo 19 se protegen los derechos de elección de residencia y libre circulación, reunión, asociación, enseñanza, etc.

Si bien esta enumeración es bastante extensa, no es taxativa. La misma Constitución indica (artículo 81) que el desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas, sólo podrá efectuarse mediante leyes orgánicas y establece (artículo 53) que, cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y de los derechos reconocidos en el artículo 14 y en otras disposiciones ante los tribunales ordinarios, mediante un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumaridad y, en su caso, mediante un recurso de amparo al Tribunal Constitucional.

Las leyes civiles españolas parecen no abundar en disposiciones que establezcan el respeto a la persona, pero «sus reglas y su espíritu dan base suficiente para reconocer la existencia de un principio general de nuestro derecho en este sentido. De una parte se encuentran toda una serie de normas penales que reprimen las violaciones de bienes jurídicos de la personalidad. Por otra parte, el artículo 1.902 del Código Civil, conforme a la interpretación de la jurisprudencia, comprende también el daño moral y sanciona todo ataque ilícito a la persona. Los artículos 1.271, 1.936, 865, 1.116 y 762, colocan a la persona fuera del tráfico jurídico. La concepción tradicional española, tan favorable a la defensa de todas las manifestaciones de la personalidad, nos transmite el principio jurídico de que es ilícito todo ataque o vejación a la persona» (13).

¹² Citado por Lete del Río José M. ob. cit. pág. 175.

¹³ Díez Picazo Luis. ob. cit. pág. 334.

La doctrina española clasifica los derechos de la personalidad en aquellos que atañen a la esfera corporal y los que atañen a la esfera espiritual o moral.

Entre los primeros están el derecho a la vida; el derecho a la integridad física y el derecho a la libertad que, manifestándose en múltiples formas, queda mejor enunciado refiriéndose al derecho a las libertades que garantiza la Constitución Política.

El derecho a la vida está consagrado en el artículo 15 de la Constitución Política que dice que «todos tienen derecho a la vida», pero en mérito a la autonomía de la voluntad y a la libertad se permite arriesgarla en ciertos casos, por ejemplo en algunos deportes como las corridas de toro.

Como una extensión del derecho a la vida está el derecho a la salud al que hace referencia el artículo 43 N^o 1 de la Constitución.

En el campo del Derecho Privado, la protección del derecho a la vida se hace efectivo por vía de indemnización del daño causado de acuerdo al artículo 1.902 del Código Civil.

Hemos visto que el artículo 15 de la Constitución habla de «todos». Esto ha dado motivo a sostener que también está amparado el feto. Sin embargo la doctrina (Lete del Río; García Amigo) niegan esta posibilidad porque el feto «no es todavía un ser humano»⁽¹⁴⁾.

El derecho a la integridad física está explícitamente reconocido en el mismo artículo 15 citado, y en cuanto a cesión de órganos y trasplantes rige la ley de 27 de octubre de 1979 y su reglamento de 22 de febrero de 1980. Por último, las libertades a que hacíamos mención más arriba, protegidas y garantizadas en distintos artículo de la Constitución incluyen, entre otras, la libertad y seguridad personal; libertad ideológica, inviolabilidad de domicilio, secreto de las comunicaciones, libertad de enseñanza, libertad de expresión del pensamiento, producciones literarias, artísticas, científicas, libertad de cátedra, etc.

Entre los derechos que atañen a la esfera espiritual o moral, están el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen; el derecho al nombre y el derecho moral del autor.

En primer lugar nos referiremos al derecho al honor, intimidad familiar y a la propia imagen. Ya una sentencia de 7 de febrero de 1962 decía que la tutela del honor en la vía civil era amplia, debiendo abrazar todas las manifestaciones del sentimiento de honor en la persona: honor civil, comercial, científico, profesional, etc. Pero, además hemos visto que estos derechos fueron garantizados por la Constitución Política y bastante recientemente por la ley de 5 de mayo de 1982, la cual en su artículo 1,3 dispuso que el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen es irrenunciable, inalienable

¹⁴ Lete del Río José M. ob. cit. pág. 179.

e imprescriptible, añadiendo que la renuncia a la protección prevista en esa misma ley será nula.

Por su parte el artículo 2 delimita el ámbito de la protección legal en función de las leyes, los usos sociales y la propia conducta de la persona y el artículo 7 enumera sin carácter taxativo una serie de intromisiones ilegítimas y legítimas. Obviamente estas últimas no pueden perseguirse.

Es interesante de notar que esta ley dispensa protección incluso al honor, imagen e intimidad de una persona fallecida porque como explica en su exposición de motivos, la memoria del difunto constituye una prolongación de su personalidad que también debe ser tutelada por el Derecho.

El juez podrá adoptar todas las medidas necesarias para terminar con la intromisión ilegítima y establecer el disfrute del derecho así como para prevenir o impedir intromisiones ulteriores. Mientras no se dicte la norma prevista en el artículo 18 de la Constitución, la protección civil al honor y a la intimidad personal y familiar frente a las intromisiones de la informática se regulará por esta ley.

El derecho al nombre tutela su adquisición y el cambio de nombres y apellidos. La Ley de Registro Civil dice que la ley ampara el nombre y apellidos frente a todos (artículo 53) pero no señala acciones que lo tutelen. Sin embargo la doctrina le reconoce el ejercicio de la acción de impugnación y la acción de reconocimiento o reclamación (artículo 1.902 CC) pudiendo en ambos casos, pedirse indemnización de daños y perjuicios.

En cuanto al derecho de autor, la doctrina española sostiene que el derecho moral de autor no es un bien de la personalidad porque si bien la obra es un reflejo de la personalidad de su autor, es una obra separada de ella. Lo que sí hace la ley es conferir derechos sobre la obra misma en cuanto a su publicación.

V LEGISLACIONES QUE EN FORMA EXPLICITA HAN RECONOCIDO LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD EN EL CODIGO CIVIL.

En estas legislaciones se advierte una preocupación por consagrar en uno o dos artículos fundamentales las características esenciales y generales de la protección brindada por la ley. En la mayoría se conceden determinadas acciones a los herederos de la persona cuyos derechos fueron lesionados. Todas protegen el derecho a la imagen. Salvo el de Portugal, los códigos de Italia, Etiopía, Perú y Bolivia, consagran el derecho a la integridad física como un derecho de la personalidad.

El Código Civil Italiano de 1942 en su Libro I «De las personas y de la familia» Título I: De las personas físicas, prohíbe los actos de disposición del propio

cuerpo cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física o cuando de otra manera sean contrarios a la ley, al orden público o a las buenas costumbres (artículo 5). Consagra el derecho al nombre (artículos 6, 7, 8 y 9) y castiga el abuso de la imagen ajena (artículo 10) cuando la imagen de una persona o de sus padres, del cónyuge o de los hijos se haya expuesto o publicado fuera de los casos en que la exposición o la publicación es permitida por la ley, o con perjuicio para el decoro o la reputación de la persona misma o de los dichos familiares. La autoridad judicial, a requerimiento del interesado, puede disponer que cese el abuso, quedando a salvo el resarcimiento de los daños.

El Código Civil de Etiopía de 1960 consagra estos derechos en el Libro I «De las personas». Título I: De la persona y de los Derechos de la Personalidad, sección II De los Derechos de la Personalidad. Este Código garantiza derechos que normalmente se contienen en las Constituciones Políticas de los estados, tales como la libertad de residencia, inviolabilidad de morada, libertad de pensar, fe religiosa, libertad de actuar, libertad de matrimonio y divorcio. También reconoce el derecho a la integridad del cuerpo humano, revocabilidad de los actos relativos a su disposición, derecho a rehusar exámenes y tratamientos médicos, derecho a callar, secreto profesional, respeto a las disposiciones relativas a los funerales propios, derecho a la propia imagen y derecho a la inviolabilidad de la correspondencia.

En su artículo 8 se contienen los principios generales. A saber, que toda persona física goza de los derechos de la personalidad y de las libertades garantizadas por la Constitución etíope y que no se considera a este respecto ni la raza, el color, ni la religión ni el sexo de las personas.

El Código Civil boliviano de 1976 consagra estos derechos en el Libro I de las Personas, capítulo IV: De los Derechos de la Personalidad. Protege la vida y, se regulan los actos de disposición del propio cuerpo; se reconoce el derecho al nombre y su protección; la negativa al examen o tratamiento médico, el derecho a callar y el derecho a la imagen.

El artículo 23 es interesante porque dispone que los derechos de la personalidad son inviolables y cualquier hecho contra ellos confiere al damnificado la facultad de demandar el cese de ese hecho, aparte del resarcimiento por el daño material o moral.

El Código Civil de Portugal de 1977 consagra estos derechos en su libro I, Parte General. Título II sección II: Derechos de la Personalidad.

El artículo 70 da la pauta general al decir que la ley protege a los individuos contra cualquier ofensa ilícita o amenaza de ofensa a su personalidad física o moral. Señala a continuación que, independientemente de la responsabilidad civil a que haya lugar, la persona amenazada u ofendida puede requerir las providencias adecuadas a las circunstancias del caso, con el fin de evitar la consumación de la amenaza o atenuar los efectos de la ya cometida.

Castiga las ofensas a las personas fallecidas, consagra el derecho al nombre

y al seudónimo, la privacidad de la correspondencia confidencial, el derecho a la imagen y la intimidad de la vida privada.

El Código Civil peruano de 1984 trata esta materia en su Libro I; Derecho de las personas; sección primera: Personas Naturales, Título II: Derechos de la Persona. En su artículo 3 reconoce a todas las personas el goce de los derechos civiles, salvo las excepciones establecidas por la ley, y el artículo 5 dispone que el derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor y demás inherentes a la persona humana son irrenunciables y no pueden ser objeto de cesión. Su ejercicio no puede sufrir limitación voluntaria, salvo lo dispuesto en el artículo 6.

Los artículos siguientes reglamentan los actos de disposición del propio cuerpo, la exigencia de exámenes médicos, disposiciones sobre sepulturas, derecho a la imagen y a la voz, secreto de la correspondencia epistolar, derecho de autor o de inventor.

La violación de cualquiera de los derechos de la persona a que se refiere este título, confiere al agraviado o a sus herederos acción para exigir la cesación de los actos lesivos.

VI LEGISLACION FRANCESA

La doctrina distingue entre los derechos relativos al cuerpo humano y los demás derechos de la personalidad. Seguiremos ese mismo plan:

En cuanto a los primeros, el Derecho Civil con el apoyo de textos recientes como ley 76-1186 de 22 de diciembre de 1976 relativo a operaciones de inhumación, exhumación, incineración, trasplante de cuerpos etc., consagra la inviolabilidad del cuerpo humano y el derecho del individuo a la integridad de éste, sin perjuicio de admitir en parte, la libertad del hombre sobre su propio cuerpo.

Lo que importa es si el atentado cuenta o no con el asentimiento de quien lo sufre. Si no hay consentimiento, el Derecho Civil establece el principio de la intangibilidad del cuerpo humano con ciertas limitaciones como, por ejemplo, la corrección parental moderada a los hijos y las intervenciones quirúrgicas que puede realizar un médico, sin la autorización del paciente ni de sus familiares cuando no es posible obtenerla.

El poder del individuo sobre su propio cuerpo o el atentado con su autorización, se relaciona con la libertad personal, pero hay una exigencia del orden público de impedir que el individuo se haga mal a sí mismo. En Francia están permitidas muchas actuaciones peligrosas para la vida como lo son ciertos deportes riesgosos. También, bajo ciertas condiciones, se autorizan los contratos en que un individuo se presta a investigaciones médicas. Si se subordina a la ley, está permitida la cesión de un órgano de un cuerpo vivo. El aborto está permitido como ejercicio del derecho de la mujer sobre su cuerpo.

Están prohibidas, en cambio, las mutilaciones voluntarias, las esterilizaciones voluntarias y las operaciones de cambio de sexo.

Como bien dice el jurista Gérard Cornu en su obra «Droit Civil Introduction. Les personnes. Les Biens (Montchrestien - París - 1990), hoy en día lograr conciencia clara y desinteresada sobre el derecho y respeto de la vida y del cuerpo propio, del de los terceros y el del embrión humano, es una verdadera «quaestio diabólica».

En cuanto a los otros derechos de la personalidad, su protección ha sido eminentemente jurisprudencial.

El Código Civil francés consagró gran cantidad de disposiciones a las sucesiones (174) y a los regímenes matrimoniales (194). Incluso a los muros y focos divisorios dedicó no menos de 20 artículos, pero no dijo nada sobre el derecho al nombre, a los derechos de autor, al derecho a la intimidad. Sólo existía alguna disposición sobre violación de domicilio, secreto de la correspondencia y difamación, las que figuraban en el Código Penal y en la ley de prensa.

Sin embargo, desde comienzos del siglo XIX los tribunales se vieron enfrentados a demandas cuya solución excedía las técnicas jurídicas de la época y que debían ser resueltas de acuerdo a los principios de la moral y la civilización, lo que convertía el trabajo de los tribunales en una obra surgida de las necesidades de la vida y adaptada a sus exigencias.

Lentamente se han ido decantando las nociones de derecho al nombre, de derecho moral de autor, de derecho al respeto a la vida privada, a lo largo de un proceso que, en síntesis, parece haber sido el siguiente:

El juez toma conciencia de que la ley no ha previsto un mecanismo apropiado para resolver una situación que, en conciencia, aparece condenable. Entonces falla de acuerdo con la equidad, pero fundamenta su fallo en principios muy generales esforzándose por hacerlos aplicables al caso. Con mucha frecuencia los jueces toman por base la noción de propiedad y el artículo 1382 del C.C. que señala que cualquier hecho del hombre que causa daño a otro, obliga a aquel a repararlo.

Los primeros casos que llegaron a los tribunales fueron relativos al derecho al nombre, al derecho moral de autor o a problemas sobre derechos a las sepulturas familiares. Los más recientes, en cambio, dicen relación con el derecho a la vida privada y a la imagen, lo que tiene cierta lógica porque en esas materias los asuntos contenciosos derivan del progreso de la técnica periodística y de la fotografía y de la aparición tanto de técnicas como de actividades nuevas.

Poco a poco y caso a caso se fue formando la idea de que con ocasión de la protección de un interés hasta entonces desconocido se forma un nuevo derecho, cuyas características aún no están muy claras, pero que aún así recibe un nombre, el cual, por estas mismas razones, a veces no describe bien

la situación comprendida. Tal ha sucedido con el derecho a la imagen que aparentemente tiene un aspecto positivo cuando en realidad su carácter más propio es negativo porque consiste en la obligación de no reproducir los rasgos de un individuo sin su consentimiento. Lo mismo sucede con respecto a la propiedad literaria y artística que designa el conjunto de derechos patrimoniales o extrapatrimoniales de los autores y artistas, en circunstancias de que al menos estos últimos no tienen las características de la propiedad.

Pero mal que mal, el sistema se desarrolla, las fórmulas se precisan y al final resulta que se ha creado un nuevo instrumento de derecho, adaptado a la necesidad.

Ha sucedido que, en Francia, el legislador ha consagrado como ley la obra jurisprudencial. Así sucedió con la ley de 11 de marzo de 1957 sobre el derecho moral de autor y con la ley de 17 de julio de 1970 sobre el respeto a la vida privada que, en su artículo 22 modifica al Código Civil, en su artículo 9.

Este artículo ha servido de fundamento a una extensa jurisprudencia en la cual se ha fallado, por ejemplo, que constituyen atentados a la vida privada de una persona la divulgación de hechos que conciernen a su vida sentimental, a su salud, o que revelan el lugar donde se encuentra una sepultura de familia, o divulgan a cuanto asciende la fortuna de una persona. Se ha decretado la prohibición de captar las conversaciones telefónicas y se ha reconocido que cualquiera puede impedir la reproducción de sus rasgos, debiendo aquel que reproduce la imagen, probar la autorización correspondiente, no siendo suficiente haber adquirido los derechos de un fotógrafo. Se ha juzgado que el derecho al respeto a la vida privada no forma parte de los derechos civiles que constituyen el estado de las personas.

El enunciado de la ley de 17 de julio de 1970 tiene valor de principio: Cada uno tiene derecho al respeto de su vida privada, disposición que va acompañada de otras disposiciones especiales. Así por ejemplo, en un proceso civil el juez puede ordenar la excepción a la publicidad del debate. La ley de 6 de enero de 1978 relativa a la informática prohíbe en su artículo primero que la información atente contra la vida privada.

Para saber como aplicar el principio general del respeto a la vida privada, hay que atenerse a la jurisprudencia anterior a la ley de 17 de julio de 1970 y también a la que le siguió. En este caso, el legislador, al consagrar la jurisprudencia hizo una afirmación solemne de un derecho, confirmando que el respeto a la vida privada es objeto de un derecho subjetivo.

Los beneficiarios son todos los hombres, no sólo los famosos sino también el hombre de la calle y el objeto del derecho es el respeto a la vida privada, a la intimidad de la vida privada.

Al decir derecho al respeto de la vida privada se le está dando una connotación negativa: no ser importunado por los demás en un sector de su vida y tenerlos alejados de un terreno reservado en el cual se escapa a sus intervenciones y solicitudes.

Como este derecho marca un límite a la libertad de prensa y la libertad de prensa es un gran principio, se hace necesario precisar cuál es el terreno que se le escapa. Privado se opone a público, en este caso vida pública y aspecto público de la vida profesional.

Engloba, por lo tanto, la vida familiar y conyugal, la vida cotidiana, el domicilio, estado de salud, vida íntima y amorosa, relaciones de amistad, entretenimientos, aspectos privados del trabajo profesional, fortuna personal y el modo y lugar de la sepultura.

La ley consagró, reforzándolas, las sanciones que la jurisprudencia había aplicado: reparación en dinero u otras sanciones tales como secuestro, comiso u otras aplicables en forma acumulativa o separada y a las cuales puede agregar una sanción penal.

El derecho a la propia imagen, consagrado por la jurisprudencia, consiste en el derecho para toda persona de impedir que un tercero reproduzca y publique su imagen. Es un derecho primordial que protege a la persona en su libertad, su intimidad y quizás, en su seguridad. Muchas veces coincidentes, el derecho a la imagen excede el cuadro de la vida privada. Sin consentimiento de una persona no puede tomarse una foto en un lugar público con ocasión de un paseo privado, o tomarse en una manifestación religiosa o dentro de una prisión etc., ni menos publicarse.

Si en la vida pública hay que tener en cuenta las libertades y tolerancias usuales, los jueces también consideran el carácter ofensivo, injurioso, caricaturesco de la fotografía tomada sin permiso. Es esencial que la persona sea reconocible y la imagen difundida corresponda a la suya.

El derecho a la voz consiste en la protección contra toda escucha clandestina y contra toda utilización secundaria de la voz, registro, difusión, imitación, etc., siempre y cuando no medie autorización.

La inviolabilidad del domicilio protege al interesado permitiéndole dentro del perímetro establecido, vivir en paz y como quiera. Desde este punto de vista se relaciona con las libertades civiles y con el derecho al respeto de la vida privada. Es la libertad de estar en paz en su casa lo que significa que la protección de la libertad y de la intimidad toma aquí un carácter geográfico. Esta protección se otorga a toda persona en el lugar donde reside sin necesidad de que sea el dueño de la propiedad sino un atributo de la personalidad, que se impone a todos los terceros incluso a los auxiliares de justicia. Evidentemente esta inviolabilidad no es absoluta porque se permite en ciertos casos inspeccionar el inmueble arrendado al propietario y en otros casos los receptores y otros funcionarios pueden entrar con orden del tribunal.

El derecho al honor fue reconocido como un derecho de la personalidad. Aquel que atente contra el honor de una persona compromete su responsabilidad civil. La víctima tiene derecho a reclamar por los daños y a solicitar las medidas propias para hacer cesar el atentado. El atentado al honor debe ser intencional,

elemento que se deduce fácilmente en dos formas de atentado: la difamación y la injuria, las cuales pueden constituir un delito penal.

El derecho al secreto no sólo dice relación con el secreto profesional. Recae más bien en las personas morales de Derecho Privado y de Derecho Público las cuales no pueden comunicar al Instituto Nacional de Estadística y a otros servicios, algunas informaciones nominativas sobre salud o vida sexual de las personas (esto se dispuso por el artículo 7 de la ley de 7 de junio de 1951, modificada por ley 1305 de 23 de diciembre de 1986).

Todo trato informatizado de datos personales está por su parte sometido al régimen de protección instituido por ley de 6 de enero de 1978.

En cuanto a la propiedad literaria, la ley de 11 de marzo de 1957 consta de 82 artículos. Mencionemos solamente que el artículo 1, incisos primero y segundo dice que el autor de una obra de la inteligencia goza sobre ésta, por el solo hecho de su creación, de un derecho de propiedad incorporal exclusivo y oponible a todos. Este derecho conlleva atributos de orden intelectual y moral como también de orden patrimonial que se determinan por la misma ley.

La jurisprudencia ha dicho que es un error que se hayan designado los derechos de autor y el monopolio que confieren con el nombre de propiedad porque lejos de constituir una propiedad como la definida y organizada por el Código Civil para los bienes muebles e inmuebles, dan solamente, a aquellos que son investidos de estos derechos, el privilegio exclusivo de una explotación temporal. (Civ. 25 de julio de 1887 D.P. 88, I, 5, note Sarrut).

El artículo 6º establece, por su parte, que el autor goza del derecho al respeto de su nombre, de su calidad y de su obra, derecho que está vinculado a su persona y que no sólo es perpetuo, inalienable e imprescriptible sino además transmisible por causa de muerte a los herederos del autor.

La jurisprudencia ha agregado que siendo de orden público, la renuncia a estos derechos es nula (París 20-1-71. C, 1971, 307, conclu. Lecourtier).

Todos estos derechos reconocidos en forma bastante reciente en la legislación francesa tienen una característica general: son extrapatrimoniales, lo que hace agruparlos en una misma fórmula bajo la denominación de derechos de la personalidad.

Hay que reconocer que el sistema no es armonioso. No hay una disposición general que ordene en un estatuto coherente el conjunto de estos derechos de la personalidad. Tal como hemos visto, algunos han sido consagrados por la jurisprudencia y otros por leyes que han recogido la jurisprudencias. Es cierto que muchas veces es difícil armonizar derechos semejantes y concurrentes y armonizar la protección de los derechos de la personalidad con la mantención de libertades que fueron grandes conquistas del siglo XIX tales como la libertad de expresión y la de prensa. A esto se agregan innegables dificultades de aplicación como las siguientes: problemas ocasionados por ciertas autoriza-

ciones tácitas, siempre difíciles de probar; por las cesiones de autorización, normalmente no reconocidas por la jurisprudencia; por la aplicación de principios a casos límites o situaciones nuevas, soluciones prácticas de la jurisprudencia pero cuya fundamentación jurídica no siempre aparece clara; por la determinación del contenido de los derechos como libertad, honor, vida privada, respeto. Sólo la inviolabilidad del domicilio y el derecho a la propia imagen presenta un carácter más específico, estando, en definitiva, su control en manos de la Corte Suprema. La titularidad de la acción también ocasiona problemas y el derecho francés se inclina por la intransmisibilidad salvo cuando se trata de casos en que el derecho de la persona se convierte en un derecho de familia porque los intereses morales del individuo y los del grupo están anudados.

VII JURISPRUDENCIA EN EL DERECHO COMPARADO

En materia de derechos de la personalidad existe una jurisprudencia abundantísima, sobretodo en Francia. Los casos que señalamos a continuación dan una visión, forzosamente limitada e incompleta, que sólo pretende ilustrar con algunos ejemplos lo dicho en las páginas anteriores.

Derecho a la intimidad o a la vida privada

1. A propósito del conflicto provocado por la publicación de cartas de Benjamín Constant a Mme. Récamier, la Corte de París en sentencia de 10 de diciembre de 1850 (Sirey, 1850, 2, 625) dijo que: «Por muy amplios que sean los derechos de la Historia sobre los personajes que surgen de ella, deben detenerse ante el santuario de la intimidad. Pueden haber en la vida de los hombres públicos, sentimientos, afectos, expansiones que el respeto de sí mismo y de los otros hace enterrar en el misterio. El interés de las familias tiene el derecho de velar sobre este dominio inaccesible y de defenderlo contra las transgresiones de una publicidad indiscreta»⁽¹⁵⁾.
2. En el caso originado por la publicación de los recuerdos de Marlene Dietrich, la sentencia de 16 de marzo de 1955 de la Corte de París (Daloz 1955, 295) declaró que: «Las estrellas del arte, en particular las del cine, están protegidas por los mismos principios» (es decir que) «los recuerdos y la vida privada de un individuo pertenecen a su patrimonio moral y nadie tiene el derecho de publicarlos, aún sin intención malévola, sin la autorización expresa y no equívoca de aquél cuya vida se cuenta» y «no se podría admitir una excepción en lo que les concierne bajo el pretexto engañoso de que buscan una publicidad indispensable a su celebridad»⁽¹⁶⁾.

¹⁵. Citado por Lindon Raymond. *La creation Pretorienne en Matière de droits de la personnalité et son incidence sur la notion de famille*. Manuels Dalloz de Droit usuel. París, 1974, pág. 46.

¹⁶. Citado por Lindon Raymond. ob. cit. pág. 51.

3. En un caso que involucraba al pinto Picasso la Corte de París, en sentencia de 6 de julio de 1965 (Gaz. Pal. 1966, 1, 37) excepcionalmente falló que: «Los límites del dominio de la vida privada son completamente distintos si se trata de un individuo cualquiera o bien si uno se encuentra en presencia de un artista de renombre mundial que no solamente ha sido objeto, en todos los países, de publicaciones de toda naturaleza sobre su vida y sobre su obra, sino que no ha temido jamás, cuando no lo ha buscado, el afrontar las exigencias imperiosas e indiscretas de la actualidad y de la prensa parlante, escrita o filmada y que de este modo se ha entregado él mismo como comidilla al público» (17).
4. En Turín, Italia, la publicación de un anuncio colocado por la empresa Frizz-Soda que decía «71208 pou essere il tuo telefono, ma il Frizz-Soda e certo la tua bibita» ocasionó serios problemas al profesional a quien correspondía dicho número telefónico, quien fue objeto durante largo tiempo de llamados ociosos y demandó a la dicha empresa por resarcimiento de daños. El Tribunal de Turín, en sentencia de 5 de septiembre de 1950 estableció que el número de teléfono no es un derecho de la personalidad, pero acogió la demanda considerando que el hecho era antijurídico por cuanto lesionaba una ajena esfera de intereses, concurriendo culpa por no haber escogido un número imaginario o no asignado, al momento de hacer el anuncio. Para nosotros éste sería un caso de atentado a la intimidad o vida privada (18).

Derecho a la imagen

1. El Tribunal Com. de Seine, Francia, por sentencia de 12 de mayor de 1934 (Gaz. Pal. 1934, 2, 238) falló a favor de la parte demandante que reclamaba porque en las oficinas de una gran tienda parisina, se fotografió a una pequeña niña, utilizando después, sin autorización, el cliché para ilustrar un catálogo (19).
2. La Corte de Poitiers, Francia, el 21 de octubre de 1935 (Daloz H. 1936, 45) falló que «el que, a título privado, ha hecho fotografiar una tercera persona y ha pagado las pruebas fotográficas puede obtener su entrega, pero es a la persona fotografiada, exclusivamente, a quien pertenece autorizar o rechazar la exposición pública de su imagen, sobre todo en la vitrina del fotógrafo, siendo esta exposición de tal naturaleza, que puede atentar contra la libertad que ella posee sobre su persona (20).
3. Al Tribunal de Lyon le tocó conocer (2-9-73) del caso en que, a propósito de elecciones cantonales, una candidata de un partido de derecha había

17. Citado por Lindon Raymond. ob. cit. pág. 52.

18. Consultar Fueyo Laneri Fernando, op. cit. págs. 131 y siguientes.

19. Citado por Lindon Raymond. ob. cit. pág. 33.

20. Citado por Lindon Raymond. ob. cit. pág. 36.

utilizado en su propaganda la foto de un nieto. El padre de la criatura, militante de izquierda, reclamó para obtener la supresión de los afiches y la abuela debió hacer desaparecer la imagen de su nieto ⁽²¹⁾.

Derecho al honor

1. El día 21 de septiembre de 1912, el periódico El Liberal, de Madrid, publicó con gran despliegue el rapto de la señorita María Josefa Mussó Garrigues por el fraile Fulgencio Novelda, afirmándose que la pareja tenía escandalosa trascendencia. El padre de la menor, que tenía 15 años, don Ramón Mussó Cánovas, Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Totana, en representación de su hija, demandó al periódico en cuestión, pidiendo indemnización de 150.000 pesetas. El Tribunal Supremo acogió la demanda en todos sus términos considerando «que la honra, el honor y fama constituyen bienes sociales cuyo daño, en especial para la mujer, es uno de los más graves en cuanto significa total expoliación de la dignidad personal, familiar y social de quien es acreedora a la estimación pública» ⁽²²⁾.
2. En 1967 apareció un libro cuya tapa mostraba una imagen del diputado francés Lemarchand, cubierta de sangre y cuyo texto era ofensivo. El agraviado dedujo dos acciones: una pidiendo que se requisara la edición y otra por difamación. La Corte de Apelaciones de París, en fallo de 25 de enero de 1967 confirmó la sentencia de primera instancia que ordenaba el comiso diciendo que había «atentado intolerable a la honorabilidad de la persona afectada» y que «la medida solicitada constituye el único medio de prevenir el perjuicio considerable que la venta del libro causaría a Lemarchand y que no podría reparar de manera adecuada la condenación por daños e intereses susceptible de ser pronunciada por el juez de fondo». Sin perjuicio de lo anterior, el autor de la obra fue absuelto del cargo de difamación porque sus afirmaciones no estaban inspiradas en el ánimo de dañar sino en el de informar al público ⁽²³⁾.

Derecho a la identidad

Un periódico publicó el nombre verdadero del cantante Jean Ferrat, su dirección, número telefónico, domicilio de su residencia secundaria. La Corte de París en fallo de 15 de mayo de 1970 (Daloz 1970, 466) dio la razón al demandante subrayando que «esta revelación constituye una intromisión más inoportuna aún en la vida privada»... «cuanto que el autor del artículo incriminado reconoce que ellos (el cantante y su mujer) se esconden bien y que llevan una vida simple, rehusando conducirse como los demás cantantes exitosos» ⁽²⁴⁾.

²¹ Citado por Lindon Raymond. ob. cit. pág. 35.

²² Lete del Río José M. ob. cit. pág. 173.

²³ Citado por Lindon Raymond. ob. cit. pág. 72 y siguientes.

²⁴ Citado por Lindon Raymond. ob. cit. págs. 21 - 22.

VIII DOCTRINA NACIONAL

En el tomo III de su Manual de Derecho Civil, titulado «De las personas, de los bienes y de la propiedad», el profesor Victorio Pescio V., al tratar los Atributos de la Personalidad, comenta extensamente la doctrina extranjera, en particular la italiana, lo que es muy comprensible porque en ese momento, el Código Civil italiano de 1942, que incorporó el reconocimiento específico de derechos de la personalidad, estaba en boga. Si bien no puede decirse que el profesor Pescio cree su propia doctrina, sí debemos reconocerle que en su libro admite la importancia de esta materia y hace presente la deficiencia del Derecho chileno, recomendando el Código Civil italiano a los estudiosos «como un medio de preparar en nuestro país la adecuada reacción jurídica contra el estado de semi-barbarie en que nos encontramos en esta materia»⁽²⁵⁾.

Como contrapartida, llama la atención lo escueto de los comentarios que Antonio Vodanovic hace sobre el tema en su Curso de Derecho Civil, tomo I, volúmen II, limitándose a una cita de Josserand en la cual se reconoce que los derechos de la personalidad son tantos como sagrados pero cuyo estudio se limita a la capacidad de goce, la nacionalidad, el nombre, domicilio y estado civil «porque ellos son objeto de una reglamentación más o menos precisa, como quiera que han sido elevados a rango de verdaderas instituciones jurídicas»⁽²⁶⁾. El autor no hace ninguna proposición para extender el amparo legal a los otros derechos de la personalidad ni critica el sistema imperante.

Es preciso reconocer que desde la década del 60 en nuestro medio, diversos estudiosos no sólo del Derecho Público sino también del Derecho Privado se motivaron por el tema publicándose interesantes artículos y monografías, entre las cuales podemos mencionar los siguientes: «La Tutela jurídica del honor» por don Rafael Fontecilla R.D.J. 1962 - 1ª parte - pág. XXI; «Derechos de la persona. Evolución, Institucionalización y Polarización» y «Teoría General de los llamados Derechos de la Personalidad», repertorios de Derecho Civil - año académico 1969, pertenecientes a don Fernando Fueyo L; «Derecho a la Vida privada y Libertad de información» por don Eduardo Novoa. Ed. s. XXI, 1979⁽²⁷⁾. Tal situación cobró nuevos bríos a partir de 1980. Resurge el interés por esta materia, motivado en buena medida por la discusión y promulgación de la nueva Constitución Política. El profesor Enrique Evans de la Cuadra, en su obra «Los Derechos Constitucionales» Tomo I, clasifica a éstos en: Derechos de la personalidad; derechos del pensamiento libre; derechos a la seguridad jurídica; derechos del pensamiento del desarrollo en el medio social y dere-

²⁵ Pescio V. Victorio. ob. cit. pág. 78.

²⁶ Vodanovic Antonio, *Curso de Derecho Civil*. Tomo I, Volumen II, Tercera edición. Ed. Nascimento 1962, pág. 169.

²⁷ Sobre el tema de los derechos de la personalidad se han canalizado varias memorias de prueba. Entre ellas «Los Derechos de la Personalidad» por Sady Luxardo Aguayo, U. de Concepción, 1959; «El Derecho a la Intimidad Privada» por Jaime Gonzalez Sepúlveda, U. de Chile, 1972; «De los Derechos de la Personalidad» por César Andrés Parada Rogazy, U. Católica de Chile, 1989.

chos del patrimonio. Entre los primeros, incluye los derechos a la vida; a nacer; a la integridad física y psíquica; a fundar una familia; a disponer del propio cuerpo; a la privacidad y a la honra; a la inviolabilidad del hogar y comunicaciones privadas.

Este autor, en la misma obra mencionada, cita ampliamente la opinión del profesor Jorge Iván Hübner que consideramos de interés:

«Los derechos fundamentales de la persona humana se fundan en su carácter racional y libre, en la necesidad ontológica de conservar, desarrollar y perfeccionar su ser, para cumplir sus finalidades específicas. El hombre supera y trasciende a la sociedad de que forma parte. Cada persona es un mundo íntimo, un microcosmos, que tiene un fin en sí mismo. No es una ruedecilla de la colectividad o del Estado: tiene un destino propio y autónomo en el universo, sin perjuicio de sus deberes con respecto a sus semejantes y a la colectividad en que se desenvuelve su existencia histórica. Su eminente dignidad exige que se respete su legítima esfera de independencia y autonomía y que no se intente convertirlo en instrumento o en víctima de objetivos ajenos a la verdadera esencia de su vida. No se puede atropellar al hombre a pretexto de defender a la sociedad, porque el hombre no ha sido hecho para servir al Estado, sino el Estado para servir al hombre» (28).

Por su parte, los textos de estudio de Derecho Civil que aparecen entre 1980 y 1989 destinan un apreciable número de páginas a este tema, tratándolo en forma separada de los atributos de la Personalidad, lo que es muy significativo. En este sentido, la obra de don Carlos Ducci Claro: «Derecho Civil. Parte General». Tercera edición. Ed. Jurídica de Chile, 1984 y cuya primera edición es el año 1980 y la obra de los profesores Víctor Vial del Río y Alberto Lyon Puelma: «Derecho Civil, Teoría General de los Actos Jurídicos y de las Personas». Ediciones Universidad Católica de Chile, 1985.

En cuanto al problema de determinar la existencia y naturaleza jurídica de estos derechos, nuestra doctrina, en el período de tiempo arriba indicado, no ha llegado a precisarla.

El profesor de Derecho Público, Eduardo Soto Kloss, en su libro «El Recurso de Protección, orígenes, doctrina y jurisprudencia» se inclinaría por la tesis del Derecho de Propiedad, a juzgar por lo que escribe a propósito del derecho a las calificaciones de los alumnos universitarios, promociones y al título mismo. Dice: «el alumno al ingresar a la Universidad a través de un acto administrativo de admisión -perfeccionado a través de la matrícula- ingresa a un status donde posee derechos y está sujeto a obligaciones y deberes tanto académicos como disciplinarios; sus calificaciones son actos administrativos, que como tales producen efectos jurídicos e inmediatos, a saber básicamente estabilidad e imperatividad; de allí que tanto la calificación como las promociones

²⁸ Citado por Evans de la Cuadra Enrique: «Los Derechos Constitucionales» Tomo I. Ed. Jurídica de Chile, Primera Edición 1986, pág. 27.

consecuenciales -como actos administrativos, que son- «se adquieren», por el estudiante, ingresan a su patrimonio, y de modo irrevocable, y aun más, llegan a adquirir verdadera intangibilidad pues no cabe ni siquiera pensar racionalmente en su «expropiación». Siendo así, es más que indiscutido que se tiene un derecho de propiedad pleno y cabal sobre esas calificaciones, sobre la promoción al curso superior (si se han cumplido las exigencias estatutarias), sobre la promoción -una vez egresado- a efectuar prácticas, seminarios, exámenes de grado, etc., y una vez cumplido todo ello, al título mismo; sin perjuicio, como también es evidente, de cumplir asimismo los deberes disciplinarios que le impone su status...» (29).

Los civilistas, en cambio, no sustentan la misma tesis, estimando que «ellos implica un profundo error, ya que los derechos de la personalidad son esencialmente autónomos y no derivan de la propiedad o algo asimilable a ella; emanan de modo directo de la condición misma de la persona y así deben ser considerados» (30).

El profesor Ducci expone brevemente la opinión de Biondi, partidario de reconocer la existencia de estos derechos y la de Allorio que la niega. De los comentarios que las siguen, parece deducirse que el profesor Ducci se encuentra más cercano a la primera de estas opiniones. Así los define como: «...vasto conjunto de derechos, aún no totalmente determinados, pero que son inherentes a la persona humana y que por esto llamamos derechos de la personalidad. Constituyen un atributo de la persona por ser tal y, en consecuencia, son iguales para todos». «Podemos agruparlos en categorías muy genéricas, pero es imposible hacer una enumeración exhaustiva de ellos. Como su violación es sancionada generalmente por la responsabilidad civil, los tribunales, sobre todo en los países de una jurisprudencia más avanzada que la nuestra, van agregando periódicamente nuevas situaciones que estiman merecedoras de la protección jurídica y que sólo pueden englobarse dentro del concepto general de derechos de la personalidad».

Algunos autores, como Biondi, reconocen que no hay duda de que existe un derecho al honor, al nombre, a la libertad y que la ley acepta aquellos derechos que se resumen en la categoría de los derechos de la personalidad, pero puesto que tales derechos, como todos otros, deben tener un objeto, es imprescindible reconocer que honor, nombre, libertad, son entidades jurídicas que pueden encuadrarse en el amplio círculo de las cosas. Esto no constituye una objeción entre nosotros por el significado amplio de la palabra cosa, en cuanto objeto, que analizaremos más adelante.

²⁹ Soto Kloss Eduardo. «El recurso de Protección, Orígenes, doctrina y jurisprudencia». Editorial Jurídica de Chile. pág. 172.

³⁰ Merino Scheihing Francisco. «Consideraciones en torno a los derechos de la personalidad». Trabajo presentado en las Jornadas de Derecho Civil organizado por la facultad de Derecho de la Univ. de Chile en Jahuel, agosto 1989, inédito. pág. 9.

Otros autores, como Enrico Allorio, señalan con relación a los llamados derechos de la personalidad que ellos no son autónomamente declarables en juicio y, por consiguiente, no son auténticos derechos o estados. Ellos serían sólo un hecho constitutivo de la obligación de reintegro o de resarcimiento de daños, que se contrae comportándose de modo contrario a las fundamentales prerrogativas de la persona ajena.

En realidad estos derechos no tienen directamente un interés pecuniario, son de los que comúnmente se denominan extrapatrimoniales, pero ellos no significa que no pueden llegar a tener una valorización económica, porque en caso contrario no podrían tener una tutela jurídica.

Algunos autores llaman a estos derechos «derechos políticos» por estar muchos de ellos consagrados en la Constitución Política, pero esto es reducir el ámbito de aplicación del concepto que en realidad es mucho más amplio.

Podemos intentar una clasificación de estos derechos, distinguiendo aquellos que se refieren a la individualidad de la persona y que comprenden dos órdenes de conceptos: la integridad física y la libertad personal. En seguida, los que se refieren a la protección de la personalidad civil de las personas; por último, los que dicen relación con la protección de su personalidad moral»⁽³¹⁾.

En cuanto a los profesores Vial y Lyon expresan:

«por nuestra parte, y siguiendo en este punto la opinión de Ferrara y Castán creemos que la protección pública en determinados bienes personales no es índice de la existencia del derecho subjetivo; pero esta existencia es evidente cuando esa tutela pública se individualiza a favor del particular o se deja a su arbitrio. Ello hace que, como escribe el propio Ferrara, el problema no sea susceptible de una respuesta única. Muchos de los llamados derechos de libertad viven todavía en el estado difuso de protección pública (libertad de reunión, de pensamiento, de convivencia, etc.) y constituyen efectos reflejos del derecho objetivo. Más, para ciertas categorías de bienes personales (vida, integridad física, honor, nombre) ha podido tener lugar un fenómeno de concentración de esa tutela a favor de los particulares bajo formas de derechos subjetivos»⁽³²⁾.

Como se ve, en esta doctrina, sin perjuicio del manifiesto interés por el tema, hay siempre un matiz de duda acerca de la existencia, objeto y construcción jurídica de estos derechos. Sin embargo, en la más reciente obra consultada, perteneciente al profesor Fernando Fueyo Laneri, titulada «Instituciones de Derecho Civil Moderno»; Editorial Jurídica de Chile, marzo 1990, el autor

³¹ Ducci Claro Carlos. *Derecho Civil, Parte General*. Tercera Edición, marzo 1988. Editorial Jurídica de Chile, págs. 136 - 137.

³² Vial Victor y Lyon Alberto, ob. cit. pág. 259

reconocer en forma categórica la existencia de los Derechos de la Personalidad, exponiendo su objeto y características en forma no menos tajante. Les atribuye una importancia tan relevante que propone su consagración en un posible Libro I del Código Civil para que allí encuentren protección jurídica plena y pertinente, además de la que pueda brindarles la Constitución Política, el Código Penal o Leyes especiales.

Movido por el afán de «recuperar la persona para el Derecho Privado» y de realizar la moral, «verdadera raíz del derecho», los define diciendo: «En suma, son bienes y derechos en torno al ser racional denominado persona; no sólo para considerarlo sujeto de derecho, sino que para integrarlo con algo que emana de él, que forma su entorno esencial, nacido con la creación misma del ser, y que recibe el nombre de personalidad. Es evidentes que estamos frente a derechos originarios, absolutos, intransmisibles, personalísimos, extrapatrimoniales y de fundamental contenido espiritual y moral. Son los bienes y derechos de la personalidad. De ahí el nombre que deberá llevar, a mi juicio, el Libro Primero del Código: «La persona y los bienes y derechos de la personalidad» (33).

IX LEGISLACION NACIONAL

Si bien nuestra legislación no consagra en el código civil los derechos de la personalidad como tales y en forma genérica, es indudable que, algunos de ellos han recibido protección específica en distintos cuerpos legales, por ejemplo:

1. Constitución Política, año 1980: El artículo 19 asegura a todas las personas el derecho a la vida y la integridad física y psíquica de la persona, incluyendo al que está por nacer (Nº 1); el respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y su familia (Nº 4); la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada (Nº 5); el derecho a la protección de la salud (Nº 9); el derecho de autor sobre creaciones literarias y artísticas (Nº 25).
2. Código Civil: El artículo 75 protege la vida del que está por nacer. El artículo 2331 establece que los ataques al honor de las personas no publicitados por algún medio de difusión público pueden dar derecho a indemnización pecuniaria si se prueba daño emergente o lucro cesante y siempre que no se pruebe la verdad de la imputación. El artículo 584 que declara propiedad de sus autores las producciones del talento o del ingenio. El artículo 1316 que consagra el derecho al silencio del albacea fiduciario. El artículo 878 que impide tener ventanas, balcones, miradores, azoteas que den vista al predio vecino a menos que intervenga distancia de tres metros, etc.

³³ Fueyo Laneri Fernando, ob. cit. pág. 17..

3. Código Penal: El Título VII del Libro II castiga los crímenes y simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública, entre los cuales están, por ejemplo, el aborto (artículo 342) y la violación (artículo 361). En el Título VIII del Libro II se castigan los crímenes y simples delitos contra las personas como Parricidio (artículo 390), Homicidio (391-392), Infanticidio (artículo 394), Lesiones corporales (artículos 395 al 403), Duelo (artículos 404 al 409), Calumnia e Injuria (artículos 412 al 431).
4. Código Sanitario: El Libro Noveno trata «Del aprovechamiento de órganos o partes del cuerpo de un donante vivo y de la utilización de cadáveres o parte de ellos con fines científicos o terapéuticos. Este libro está reglamentado por el D.S. N° 240 del Ministerio de Salud, publicado en D.O. de 3 de diciembre de 1983. Cabe mencionar la nueva redacción del artículo 119 que actualmente dice: Artículo 119 «No podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto».
5. Ley 16.643 sobre Abusos de Publicidad, publicada en D.O. de 4 de septiembre de 1967 modificada por ley 18.313 de 17 de mayo de 1984.
6. Ley que autoriza el cambio de nombres y apellidos N° 17.344 publicada en D.O. de 22 de septiembre de 1970.
7. Ley de Propiedad Intelectual N° 17.336 publicada en D.O. de 2 de octubre de 1970.

X JURISPRUDENCIA NACIONAL

Nuestros tribunales han tenido oportunidad de tratar estas materias al fallar los distintos recursos de protección.

Se impone una distinción entre los derechos reconocidos expresamente y garantizados por nuestra Constitución Política en su artículo 19 de los cuales los que se señalan en el artículo veinte de la Constitución están amparados por el recurso de protección y los derechos de la personalidad no mencionados en el texto constitucional.

A. Derechos de la personalidad cautelados por el Recurso de Protección.

Entre los recursos acogidos hemos seleccionado fallos sobre:

1. Derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona (N° 1, artículo 19 de la Constitución).

- a) El 30 de julio de 1984 un grupo de profesores de la Universidad Católica de Chile recurrió de protección exigiendo se pusiera fin a la huelga de hambre que mantenían en el interior de una parroquia un grupo de estudiantes dispuestos a llegar a las últimas consecuencias, esto es, a la muerte de los manifestantes.

La Corte de Apelaciones rechazó el recurso, pero posteriormente la Corte Suprema lo acogió en fallo de primero de agosto de 1984 que revocó la sentencia de la Corte de Apelaciones, estimando que los hechos denunciados importan una conducta ilegal de los alumnos en la mutua ayuda y colaboración que se prestarían para mantener y prolongar la privación de ingerir alimentos lo que puede significar un atentado contra la salud, y en definitiva contra la subsistencia misma de ellos».

- b) En recurso de protección interpuesto por una madre embarazada en contra de Isapre Promepart quien devolvió sin tramitar licencia médica prenatal, por no llevar la firma del empleador, la Corte de Apelaciones de Santiago le dio acogida en sentencia de 29 de septiembre de 1989, estimando que la falta de pronunciamiento: «atenta contra la salud de la recurrente por las consecuencias que provoca la no percepción de ese ingreso supletorio de su remuneración en la alimentación, que se hace deficitaria, sometida a régimen especial, con un gasto mayor, inherente al estado de embarazo; en el reposo prescrito, por el cuadro de factores negativos que esta situación genera, acentuado por la incertidumbre en su otorgamiento, debido a la exigencia pedida en especial; en lo psíquico y en la atención médica, que ciertamente se resiente por la carencia de su sueldo mensual, que desvirtúa su finalidad y lesiona principalmente el derecho a la vida del nuevo ser ya concebido, expuesto a grave peligro, por hallarse condicionado en su desarrollo en el claustro materno a las circunstancias externas que afecten el organismo de su madre, ya descritas».

2. El respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia (Nº 4 artículo 19 de la Constitución).

Un factor de comercio recurrió de Protección en contra de la Cámara de Comercio de Santiago, por cuanto esta entidad se negó a publicar la aclaración de protesto de pagarés en los cuales figuró como codeudor solidario, agregando que no estaba obligado al pago de esos documentos por haber celebrado contrato de transacción con el Banco tenedor de los mismos. La negativa de la Cámara resultó arbitraria afectando y perturbando en los derechos esenciales a su persona, como lo es el respeto a su honra y prestigio, lo que para él tenía especiales proyecciones comerciales.

La Corte Suprema acogió el recurso y ordenó publicar las aclaraciones por cuanto no correspondía a la Cámara de Comercio desconocer los términos de la transacción invocada por el recurrente (C. Suprema 24.III.87. Revista Gaceta Jurídica Nº 84, p. 107).

3. Inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada (Nº 5, artículo 19 de la Constitución Política).

- a) Un particular recurrió de Protección en contra de la Empresa de Agua

Potable, por cuanto, a petición de su arrendadora, la mencionada empresa procedió a cortar el suministro de agua. Tal medida era ilegal y arbitraria por cuanto tenía las cuentas canceladas.

La Corte acogió el recurso, estimando que no existiendo sentencia sobre el comodato precario, resultaba ilegal y arbitrario el corte de suministro de agua, lo que implicó perturbar gravemente el hogar del recurrente (C. de Santiago, 30.1.84. Revista Gaceta Jurídica a. 44 p. 50).

- b) Un particular recurrió de Protección en contra del Servicio de Impuestos Internos porque éste procedió a citar al Gerente de una Institución Bancaria para que acudiera al Departamento de Investigaciones Tributarias portando fotocopias de la cuenta de ahorro del recurrente de protección y de la documentación correspondiente.

La Corte acogió el recurso por estimar que con esa citación el Servicio de Impuestos Internos había perturbado la garantía constitucional de inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados y además se había excedido en sus atribuciones de fiscalización tributaria (C. Suprema, 5.X.81. Revista Fallos del Mes, Nº 275 p. 419).

4. Derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación (Nº 8 artículo 19 de la Constitución Política).

Un particular recurrió de Protección en contra del dueño de una empresa recuperadora de plásticos, por cuanto los gases y emanaciones de carácter altamente tóxicos y de mal olor contaminaban el ambiente que la rodeaba.

Después de recibir informe del Director del Servicio de Salud Metropolitana del Ambiente cuyo contenido fue desfavorable a la industria, la Corte acogió el recurso, ordenando la clausura temporal del establecimiento, mientras el propietario no tomara las medidas de prevención para evitar la contaminación del medio ambiente (C. de Santiago, 20.1.86. Revista Gaceta Jurídica Nº 67, p. 51).

B. Derechos de la Personalidad no cautelados por el Recurso de Protección por no estar incluidos dentro de las Garantías Constitucionales a las cuales se refieren los artículos 19 y 20 de la Carta Fundamental.

El problema es complejo. Como el derecho no está reconocido expresamente los recurrentes han tenido que encuadrar el derecho que reclaman en alguno de los efectivamente tutelados, con diversa fortuna. Como ejemplos relevantes citaremos el derecho a la imagen y el derecho a la enseñanza y título profesional.

1. Derecho a la Imagen. Por no estar contemplado como un derecho independiente, en los casos en que ha sido desconocido, los recurrentes han debido ampararse en la protección a la vida privada y pública y a la

honra de la persona y su familia y si bien es cierto que la violación del derecho a la imagen lesiona con frecuencia la honra y el derecho a la vida privada, no necesariamente es así y en estos casos el recurso es rechazado.

- a) Un particular recurrió de Protección en contra de la Policía de Investigaciones por haber permitido que periodistas tomaran fotografías y una película que posteriormente salió en canales de televisión y en la prensa roja comentando que el recurrente era un falso abogado dedicado a estafar a humildes campesinos.

La Corte de Apelaciones de Santiago acogió el recurso en fallo de 2 de junio de 1989 en cuyo considerando 5, expresa: «Que no obstante lo dicho no puede desconocerse que el Servicio de Investigaciones extralimitó sus funciones al permitir que personas ajenas a dicho organismo policial, tomaran fotografías del recurrente y otros como si se tratara de vulgares delincuentes siendo que eran simples inculcados a quienes el juez de la causa aún no había interrogado ni declarado reos de ningún delito.

Tal actuación del recurrido importa un vejamen que afecta a la honra y dignidad del ofendido y un desconocimiento de las garantías que a su favor reconoce el Nº 4 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, lo que se agrava más aún con las publicaciones que de tales fotografías se hicieran en la Crónica de ciertos diarios como se acredita con los ejemplares agregado a fojas 5 y 6 ...»

- b) La Corte Suprema rechazó en cambio otro recurso disponiendo que «no se atenta contra la vida privada y pública y la honra de la persona y de su familia, con la publicación de un álbum con fotografías y datos de identificación de jugadores de fútbol. Se rechaza el recurso sin perjuicio de los derechos que puedan hacer valer ante la autoridad o tribunales correspondientes (C. Suprema, 7.6.81. Revista Fallos del Mes, Nº 283, p.178).

2. Derecho a la enseñanza y a un Título Profesional. En estos casos la parte recurrente ha basado generalmente su pretensión en la vulneración de la garantía constitucional contenida en el artículo 19 número 24 de nuestra constitución política, es decir en el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporales, incluyendo entre estos el derecho a la enseñanza, el cual estaría incorporado al patrimonio jurídico de un alumno regular.

Sobre este particular la jurisprudencia ha sido contradictoria. En efecto hay fallos que han aceptado esta tesis y otros la han negado, sin perjuicio de que las sentencias favorables o adversas en su mayoría han sido acordadas con votos disidentes.

- a) Ilustrativo es el caso siguiente. En recurso de protección deducido por un particular en contra del Vicerrector de la U. de Santiago de Chile, por expulsión arbitraria, la Corte de Apelaciones de Santiago consideró en su fundamento Nº 5: «Que sostiene el recurrido que no existe el derecho a adquirir un título universitario, sino sólo una mera expectativa. Agrega que

los derechos cuyo restablecimiento persigue ... no son susceptibles de propiedad.

Al respecto hay que tener presente que si el derecho a matrícula podría entenderse comprendido en el derecho a la educación, el que no está amparado en el artículo 20 de la Constitución Política, en cambio en el caso en estudio estaría comprometido el derecho a adquirir el título de la carrera que se encuentra estudiando la recurrente. Pues bien, la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes está garantizada en el N° 23 del artículo 19 de la Constitución Política y la violación a dicha garantía sí autoriza este recurso, por lo que procede acogerlo».

Esta sentencia fue acordada con el voto disidente del abogado integrante, señor Stöhrel quien sostuvo:

«Los derechos que se dicen conculcado por la autoridad universitaria son aquellos a que se refieren los números 23 y 24 del artículo 10 de la Constitución Política de la República, esto es, la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes corporales e incorporales.

En concepto del disidente, no se han vulnerado las referidas garantías, ya que la recurrente no tiene, respecto de los derechos que se dicen perturbados o amenazados, un derecho de propiedad sobre bienes incorporales, como ella pretende. Y, en cuanto al derecho a la educación, no está constitucionalmente protegido por el recurso que se dedujo. En efecto, a falta de disposición constitucional que haga procedente el recurso de protección cuando la garantía amagada fuere el derecho a la educación, se ha pretendido basarlo en la privación del derecho de propiedad sobre un bien incorporal, que la recurrente no tiene incorporado a su patrimonio, ya que, mientras no cumpla con todas las exigencias establecidas por la Universidad para la obtención de un título universitario, no tiene sino una mera expectativa de que se le otorgue».

La Corte Suprema al conocer de la apelación de esta sentencia la revocó en fallo de 26 de enero de 1983, reiterando la doctrina sostenida en el año 1981, esto es:

« ... No toda la gama de derechos son cosas incorporales susceptibles de propiedad; únicamente lo son los derechos reales y personales. Los que no componen el patrimonio por carecer de significación económica, los que no son apreciables en dinero aunque causen secuelas pecuniarias, no son cosas incorporales comprendidas en el derecho de propiedad y evidencia de ello es que el artículo 19 de la Constitución hubo de asegurar, independientemente del derecho de propiedad sobre bienes incorporales, el de reunión, el de asociación, etc., que de haber sido estimados como cosas incorporales integrantes del derecho de propiedad habría resultado superfluo darles garantías por separado».

Sin embargo este fallo también cuenta con un voto disidente del ministro, señor Retamal, quien opina:

«Que uno de los derechos vulnerados por el decreto de expulsión es el que confiere el artículo 19 N° 23 de la Constitución Política para adquirir

libremente toda clase de bienes, entre los cuales parece obvio considerar uno cualquiera de los títulos profesionales que la universidad confiere y que la recurrente menciona en el párrafo décimo y pide que se le proteja en el primer petitorio de su recurso;

Que así como los titulados universitarios, entre otros, tienen con su título el dominio del bien incorporal en que consiste y pueden por ello ejercer su profesión o su oficio y exigir la devolución de la materialidad del título si son privados de él así los que estudian para lograrlo tienen libertad para adquirirlo y si por actos ilegales o arbitrarios se les coarta esa libertad, pueden impetrar su protección por medio del recurso previsto en el artículo 20 de la Constitución, como allí expresamente se establece».

- b) En recurso de protección deducido por un particular en contra del Subdirector Ejecutivo del Instituto Nacional de Capacitación Profesional (Inacap) la Corte de Apelaciones de Santiago sostuvo en fallo de 18 de diciembre de 1989 que acogió el recurso, lo siguiente:

Que no puede desestimarse a priori, como se pretende en el informe de fs. 36, la posibilidad de que derechos de la índole de aquellos que se dicen vulnerados en el recurso de fs. 6 no puedan ser considerados como bienes incorporales, respecto de los cuales la Constitución Política asegura amplia libertad de adquisición (artículo 19 N° 23), y reconoce como objeto del derecho de propiedad que, en sus diversas especies y sobre toda clase de bienes, la misma Carta Fundamental asegura a todas las personas (artículo 19 N° 24).

Que, en efecto, la extensión de los términos utilizados en las citadas disposiciones constitucionales, plenamente concordantes con los preceptos de los artículos 565, 583 y 584 del Código Civil, no facultan para restringir solamente a los derechos personales o reales el ámbito propio de aquéllos susceptibles de integrar el concepto de cosa incorporal que puede ser objeto de dominio o propiedad, sino que dicho concepto debe estimarse comprensivo, también, de bienes inmateriales diversos, como sucede con simples relaciones de hecho o situaciones de trascendencia económica, entre las que la doctrina civilista incluye, por ejemplo, el crédito de un comerciante, la clientela de un establecimiento mercantil, etc.

Que en este mismo orden de ideas la Excma. Corte Suprema ha establecido que si el derecho a la educación «se trueca en un asunto de dominio sobre una cosa incorporal pertinente al sistema educativo, como por ejemplo el derecho a un título universitario o a las calificaciones necesarias para obtenerlo, existe protección constitucional a favor del interesado que por un acto arbitrario o ilegal sea privado del dominio que tiene sobre un título o sobre una calificación». Sentencia de 25 de noviembre de 1980. Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. 77, sec. 1ª, pág. 109;

Que si a la anterior conclusión se ha llegado desde un punto de vista estrictamente de derecho privado, ella se refuerza si se considera el problema con una concepción publicista, puesto que, en tal caso, como

con toda claridad lo explica el profesor Eduardo Soto Kloss, «el alumno al ingresar a la Universidad, a través de un acto administrativo de admisión - perfeccionado a través de la matrícula- ingresa a un status donde posee derechos y está sujeto a obligaciones y deberes tanto académicos como disciplinarios; sus calificaciones son actos administrativos, que como tales producen efectos jurídicos e inmediatos, a saber básicamente estabilidad e imperatividad, de allí que tanto la calificación como las promociones consecuenciales -como actos administrativos que son- «se adquieren», por el estudiante, ingresan a su patrimonio, y de modo irrevocable, y aún más, llegan a adquirir verdadera intangibilidad, pues no cabe ni siquiera pensar racionalmente en su «expropiación». Siendo así, es más que indiscutido que se tiene un derecho de propiedad pleno y cabal sobre esas calificaciones, sobre la promoción al curso superior (si se han cumplido las exigencias estatutarias), sobre la promoción una vez egresado- a efectuar prácticas, seminarios, exámenes de grado, etc., y una vez cumplido todo ello, al título mismo; sin perjuicio, como también es evidente, de cumplir asimismo los deberes disciplinarios que le impone su status ...» (El Recurso de Protección, Orígenes, Doctrina y Jurisprudencia. Editorial Jurídica de Chile, Pág. 172).

El fallo agrega lo siguiente: «Se previene que el Ministro Sr. Juica no acepta los fundamentos tercero, cuarto, quinto y sexto y tiene presente, además, para acoger la protección invocada, la circunstancia de que el hecho arbitrario se radica en la vulneración del legítimo ejercicio de la garantía constitucional establecida en el inciso segundo del N° 2, artículo 19 de la Constitución Política. Puesto que la autoridad recurrida al disponer la expulsión de Roberto Koch de la carrera que seguía estableció una diferencia arbitraria en perjuicio del referido alumno ya que, es evidente que a falta de similares características que ahora se le atribuyeron al recurrente para sancionarlo con la expulsión, debía necesariamente seguirse el procedimiento que al efecto establece el Estatuto del Alumno de Inacap, reglamento que dispone la sanción por la cual se recurre ante la Corte, la que, como se dijo, se impuso de inmediato y sin ninguna posibilidad de defensa del indicado ofendido.

- c) La tesis favorable al derecho de propiedad, compartida por distintos ministros tanto de la Corte de Apelaciones de Santiago como de la Corte Suprema queda detalladamente explicada en el voto disidente del ministro señor Carlos Cerda F. en sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que con fecha 28 de diciembre de 1984 rechazó Recurso de Protección deducido por un particular en contra del Vicerrector Académico de la U. de Santiago alegando la arbitrariedad de su expulsión de ese centro de estudios.

Voto disidente:

«Es cierto que hasta ahora el alcance del concepto constitucional de «derecho de propiedad» ha movido a discrepancias, enfocado desde la perspectiva de la acción de que aquí se trata.

El dilema encuentra su origen en la remisión que el intérprete del N° 24 del

artículo 19 de la Constitución hace a menudo al derecho privado, para luego deducir que éste no concibe la *propiedad sobre cierto tipo de derechos incorporales* como el que aquí procura ampararse.

Tres ideas contribuirán al esclarecimiento de esta cuestión:

Que la primera de ellas consiste en que el *ámbito propio de la acción protectora* que nos ocupa no es el del derecho privado, sino el del público -específicamente el político- pues a la sociedad entera incumbe el imperio de los derechos de las personas, por individuales que éstos sean. Más aún si conforme al propio texto constitucional es deber de toda la comunidad contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de lo que aquí está en juego: la educación (artículo 19 Nº 10 inciso final).

Siendo así, no se ve porqué la Constitución haya de someterse y circunscribirse a la ley propia de las regulaciones conmutativas; que la segunda idea remite a ciertas nociones de historia del derecho.

Cuando don Andrés Bello redacta la definición de propiedad que actualmente se lee en el artículo 582 del Código Civil, lo hace imbuido de una filosofía que ejerce en esa época fuerte influencia en los intentos de regulación jurídica en occidente.

En el derecho extranjero cabe destacar el artículo 544 del Código Napoleón, que no vino sino a consagrar el concepto de propiedad particular y libre, propio de la legislación revolucionaria que surgió como antídoto a la propiedad territorial de origen feudal, tan llena de trabas y limitaciones. El Código francés siguió la doctrina sobre la propiedad individual de los pensadores y economistas de La Ilustración.

El centro de atención es el objeto, la cosa -res- cuya primera y principal dimensión es corpórea: la tierra; el tratamiento jurídico de la tierra marca toda la legislación relativa a los bienes. La propiedad de lo corporal resulta ciertamente triunfante.

Semejante filosofía había dado vigor a la Constitución Política de 1833, en la que desde 1831 don Andrés Bello había tenido importante participación. En ella se ampara la propiedad misma -lo apropiable- bajo la forma de un territorio, de un comercio, de una industria, de una mina, de una obra literaria y otras.

El punto de vista se mantiene en el texto original de la Carta de 1925, que al igual que la del 33 asegura la inviolabilidad de todas «las propiedades, a tal punto que «nadie puede ser privado de la de dominio» ni «del derecho que ella tuviere». Es decir, el énfasis del resguardo está puesto en la materialidad y exterioridad del objeto (artículo 10 Nº 5 de la de 1833 y 10 Nº 10 de la de 1925).

Pero resulta imposible desconocer que ese estado de cosas ha experimentado evolución desde entonces. Por una parte, el Código Civil ha ido quedando reducido en su aplicación, no por asunto de técnica jurídica, sino por la transformación de la sociedad y del Estado. Por otra, la novedad de las relaciones humanas de los tiempos presentes radica en buena parte en el

complejo carácter de los inmateriales elementos que las determinan, todo lo cual ha llevado a los tratadistas a mirar con más atención el campo de lo incorporal, esto es, de aquello que para don Andrés Bello sólo era susceptible de «una especie de propiedad» (artículo 583 del Código Civil).

Es en este ambiente -el de fines del siglo veinte, el de la década del 80- que surge la Carta cuya disposición motiva estas reflexiones. Y en ella lo que se asegura a las personas es «el derecho de propiedad», en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales.

El tenor literal es suficientemente claro. Pero si alguna dificultad a alguien legítimamente surgiera, los datos históricos recién anotados se alzan como padrones interpretativos que, autorizados por el inciso segundo del artículo 19 del Código Civil, descartan toda duda en orden a lo antes manifestado, esto es, que la Ley Fundamental de 1980 supera la suerte de discriminación que trasunta el Código Civil, que opacó la propiedad de lo incorporal ante la de lo corporal;

Que la tercera de las ideas enunciadas en el razonamiento décimo de este voto apunta al régimen apto para dirimir la especie de concurso normativo que eventualmente para algunos pudiese plantearse.

El disidente piensa que entre el articulado constitucional y el civilista no hay oposición, sino diferencia de estilo, cuyo origen radica tanto en su diversa naturaleza como en su distinta época.

Ahora bien, aún en el supuesto de incompatibilidad entre uno y otro, no podría el jurídicente prescindir del magno mandato, sin violar elementales principios relativos a la primacía de los preceptos según su jerarquía y época en que entran en vigencia,

En otras palabras, si el derecho de propiedad del artículo 19 N° 24 de la Constitución de 1980 no fuere plenamente coincidente con la propiedad del Código Civil de 1855, aquél prevalecería sobre éste.

PROPOSICION DE LA COMISION

La Comisión propone agregar como incisos 2 y 3 del artículo 55 del Código Civil, los siguientes:

«La ley protege los derechos de la personalidad. El juez tomará, a petición de cualquiera persona y actuando breve y sumariamente, todas las providencias que estime convenientes para hacer efectiva la protección de tales derechos con el fin de evitar la consumación de la amenaza o de atenuar los efectos del daño producido. La acción deberá interponerse dentro del plazo de sesenta días, que se contarán desde la perpetración del hecho. En el caso de amenaza, se podrá intentar como acción preventiva».

«Lo dispuesto en el inciso anterior es sin perjuicio de la responsabilidad penal o civil, según procediere».

ANÁLISIS DE LA NORMA PROPUESTA

Bajo este epígrafe analizaremos diferentes puntos que tienen por finalidad explicar claramente la proposición de esta Comisión, cuales son, los siguientes:

1. Ubicación;
2. Fuentes;
3. Contenido;
4. Extensión; y,
5. Procedimiento.

1. Ubicación de la norma propuesta. La Comisión estima que la norma elaborada debe estar contenida en el artículo 55 del Código Civil que define a las personas naturales y que se encuentra inserto en el Libro I: «De las personas», Título I: «De las personas en cuanto a su nacionalidad y domicilio», Párrafo 1: «División de las personas, por cuanto, los derechos de la personalidad son esencialmente inherentes a las personas naturales, sin perjuicio que las personas jurídicas también pueden ser titulares de ellos, en la medida en que les sean aplicables, dada su calidad de entes ficticios. De allí, su ubicación en el citado Párrafo 1. En este sentido, la norma legal propuesta se encuentra en plena armonía con la carta fundamental, la cual en su artículo 19 comienza señalando que: «La Constitución asegura a todas las personas ...», palabras cuyo alcance es muy preciso. En efecto, en lo relativo a la voz persona, cabe recordar que la Constitución del año 1925 en su artículo 10 mencionaba a «los habitantes de la República», y es así como se cambió la expresión «habitante» por la de «persona», para comprender tanto a las personas naturales como a las jurídicas (Sesión Nº 156, pág. 7) ⁽³⁴⁾.

2. Fuentes de la norma propuesta. Como puede apreciarse de los capítulos anteriores, la Comisión tuvo en consideración antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales tanto de Derecho Chileno como de Derecho Comparado, para finalmente tomar como principales fuentes al artículo 75 del Código Civil chileno, originario de don Andrés Bello y al artículo 70 del Código Civil del Portugal (aprobado por Decreto Ley Nº 47.344 de 1966, cuya vigencia comenzó el 1 de junio de 1967, y que fuere modificado por Decreto Ley Nº 496 de 25 de noviembre de 1977) ⁽³⁵⁾.

El artículo 75 de nuestro Código Civil dispone: «La ley protege la vida del que está por nacer. El Juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan

³⁴Pfeffer Urquiaga Emilio. Manual de Derecho Constitucional. Tercera edición, marzo 1988. Editorial Jurídica de Chile, págs. 136 - 137.

³⁵Textos legales citados por Long Prunes Jorge. «Tratamiento de los derechos de la personalidad en Códigos Civiles modernos». Memoria de prueba. Facultad de Derecho Universidad de Chile, pág. 87.

convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrará».

«Todo castigo de la madre, por el cual pudiese peligrar la vida o la salud de la criatura que tiene en su seno, deberá diferirse hasta después del nacimiento».

No obstante la importancia de este artículo, es fácil constatar que la doctrina se ha limitado a transcribirlo y en las distintas recopilaciones de nuestra jurisprudencia no se han encontrado antecedentes de su aplicación. Tal vez ello se deba al hecho que protege específicamente la vida del que está por nacer sin contener una protección general de los derechos de la personalidad y a que no tiene señalado un procedimiento especial, aunque ello no debería obstaculizar su procedencia, ya que de acuerdo a las normas generales, la solicitud debe sujetarse a las reglas de los actos judiciales no contenciosos (36).

Por su parte el artículo 70 del Código Civil de Portugal establece:

«La ley protege a los individuos contra cualquier ofensa ilícita o amenaza de ofensa a su personalidad física o moral».

«Independientemente de la responsabilidad civil a que haya lugar, la persona amenazada puede requerir las providencias adecuadas a las circunstancias del caso, con el fin de evitar la consumación de la amenaza o de atenuar los efectos de la ya cometida».

Como puede apreciarse de las dos normas legales transcritas, la propuesta por esta Comisión encontró tanto en la legislación chilena como en el Derecho comparado, importantes fuentes de inspiración, para plantear finalmente una solución más práctica, por cuanto regula el procedimiento, el titular de la acción y el plazo dentro del cual ésta debe interponerse; agregando por lo tanto importantes elementos que tienen por finalidad que la norma no sólo quede en la letra de la ley, en la intención del legislador, si no que implique una herramienta certera y eficaz para lograr la protección de los derechos de la personalidad, pero con un límite en el tiempo, lo que conduce a la certeza jurídica.

3. Contenido de la norma propuesta. Bajo este epígrafe, explicamos que derechos protege la norma que proponemos. Como su texto lo dice claramente, el objeto de la protección de la ley, son los derechos de la personalidad.

Es interesante destacar que en esta materia, la norma propuesta sigue fielmente el pensamiento del constituyente de 1980. En efecto, el encabezamiento del artículo 19 de la Constitución Política de la República de Chile, señala: «La Constitución asegura a todas las personas ...». Las expresiones utilizadas por el constituyente tienen un alcance muy preciso. «En lo referente a la voz «asegura» que ya empleaba la Constitución de 1925, se

³⁶ Consultar Doyharçabal Casse Solange. *Comentarios al artículo 75 del Código Civil*. Trabajo presentado en las VI Jornadas Chilenas de Derecho Natural. Facultad de Derecho U.C. 28 de octubre de 1989. Inédito. Ver Salas Elgart Oscar. *Situación ante el Derecho del hijo que está por nacer*. Memoria de prueba. Facultad de Derecho Universidad de Chile. Imp. El Imparcial. Santiago, Chile. Colección Tesis 1943, Vol. 14-C 1

estimó conveniente mantenerla después de un debate en que se propuso reemplazarla por la expresión «reconoce». Se llegó a la conclusión, de que el término «asegura» expresaba mejor el espíritu de la Comisión, que ha querido destacar especialmente que estos derechos son *innatos y anteriores* a cualquier ordenamiento jurídico» (Sesión Nº 87, págs. 6 a 8) ⁽³⁷⁾.

Como lo hemos explicado en páginas anteriores mucho se ha discutido acerca de la naturaleza jurídica y del objeto de los derechos de la personalidad, como asimismo de su contenido, incluso de su denominación, discusiones que en definitiva sólo conducen a una paralización y a no buscar una protección efectiva para estos derechos, los más esenciales de todos.

Debemos señalar que la Comisión descartó la idea de legislar específicamente, esto es, estableciendo un catálogo de los derechos protegidos, y por el contrario, estimó necesario legislar en forma general, pues los derechos de la personalidad no son taxativos. En esta materia, también la norma que se propone está en armonía con la norma constitucional, pues el artículo 19 de la Carta Fundamental no es taxativo, lo que queda fielmente demostrado por lo dispuesto en sus artículo 1 y 5. El primero de ellos, señala en su inciso 1 que: «Los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos», y agrega en su inciso 3 que: «El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, como pleno respeto a los derechos y garantías que esta constitución establece».

El artículo 5 por su parte, señala en su inciso 2 que: «El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes. «De las normas citadas y atendiendo a una interpretación teleológica de la Constitución, debe incluirse pues que, la enumeración que hace el artículo 19 no es taxativo, como no son susceptibles de ubicación cuantitativa los derechos de la personalidad.

4. Extensión de la norma propuesta. Bajo este título, queremos explicar que conductas atentatorias contra los derechos de la personalidad, dan la facultad de ejercer la acción que se reglamenta. Cabe recordar que la norma que se propone, señala en lo pertinente que: «El juez tomará a petición de cualquiera persona y actuando breve y sumariamente, todas las providencias que estime convenientes para hacer efectiva la protección de tales derechos, con el fin de evitar la consumación de la amenaza o de atenuar los efectos del daño producido». Como puede apreciarse, el objeto

³⁷ Pfeffer Urquiaga Emilio. ob. cit. pág. 362

de la acción no sólo es la protección de los derechos de la personalidad cuando éstos ya han sido perturbados, sino que también, precaver su perturbación. En esta materia la Comisión siguió como hemos expresado especialmente al Código Civil del Portugal y al artículo 20 de la Constitución Política del Estado. En efecto, el artículo 70 del Código Civil de Portugal establece en la parte pertinente que: «... la persona amenazada u ofendida puede requerir las providencias adecuadas a las circunstancias del caso, con el fin de evitar la consumación de la amenaza o atenuar los efectos de la ya cometida». Por su parte, el artículo 20 de la Constitución chilena señala en lo que a esta materia se refiere que: «El que por causa de actos u omisiones arbitrarias o ilegales sufre privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías ...»

5. Procedimiento que establece la norma propuesta. Si bien el principal objetivo de nuestro trabajo fue buscar una protección legal y general de los derechos de la personalidad en el campo civil, habría sido incompleto si no hubiéramos ideado al mismo tiempo un mecanismo práctico y eficaz. En cuanto al procedimiento, nos remitimos al del juicio sumario, pero dentro de él, siguiendo las mismas ideas plasmadas en el artículo 75 del Código Civil, dándole al Juez amplias facultades para adoptar las medidas que él estime convenientes, a objeto de hacer efectiva la protección de tales derechos. En cuanto al titular de la acción, consideramos necesario que ésta pueda ser intentada por cualquiera persona; y, por último, en cuanto al plazo en que esta acción debe intentarse, es necesario distinguir si la amenaza está o no consumada. Si el daño se ha producido, el plazo es de sesenta días fatales que se cuentan desde la perpetración del hecho. Se trata sin duda de un plazo de caducidad. En cambio, si la amenaza no está consumada, la acción puede intentarse como preventiva mientras ésta subsista.

Para finalizar, debemos señalar que esta acción se concede sin perjuicio de la responsabilidad penal o civil que según el caso, procediere y, que es total y absolutamente independiente del recurso de protección que regula el artículo 20 de nuestra Constitución Política.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

1. Textos legales chilenos:

Constitución Política 1980

Código Civil

Código Penal

Código Sanitario

Ley 16.643 publicada en D.O. de 4.9.67 modificada por ley 18.313 de 17.5.1984.

Ley 17344 publicada en D.O. de 22.09.1970

Ley 17.336 publicada en D.O. del 2.10.70

2. Tratados

Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes adoptada por la Asamblea General de la O.N.U. mediante resolución 39/46 de fecha 10.12.84, publicada en D.O. de 26.11.88.

3. Textos legales extranjeros

Código Civil Francia, Ed. Litec-París, 1988.

Código Civil de Bolivia. Arts. 6 al 23 *

Código Civil de Etiopía. Arts. 8 al 31 *

Código Civil de Italia. Arts. 5 al 10 *

Código Civil del Perú. Arts. 3 al 18 *

Código Civil de Portugal. Arts. 70 al 81 *

(*) Textos transcritos por Long P. Jorge, ob. cit.

4. Libros

Cea Egaña José Luis. *Tratado de la Constitución de 1980. Características Generales Garantías Constitucionales*. Ed. Jurídica de Chile, 1988.

Cornu Gerard. *Droit Civil, Introduction. Les Personnes, Les Biens*, Quatrième édition, Montchrestien, París 1990.

Diez Picazo Luis. *Lecciones de Derecho Civil I*, Parte General, Universidad de Valencia, Facultad de Derecho, Madrid, 1967.

Ducci Claro Carlos. *Derecho Civil. Parte General*. Tercera Edición, marzo 1988. Editorial Jurídica de Chile.

Evans de la Cuadra Enrique. *Los Derechos Constitucionales*. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Primera edición, 1986.

Fueyo Lanneri Fernando. *Instituciones de Derecho Civil Moderno*. Ed. Jurídica de Chile. Primera edición, marzo 1990.

Hattenhauer Hans. *Conceptos fundamentales del Derecho Civil*. Editorial Ariel S.A. Barcelona. Primera edición, julio 1987.

Lete del Río José Manuel. *Derecho de la Persona*. Editorial Tecnos S.A. Madrid.

Lindon Raymond. *La Création Prétorienne en matière de droits de la personnalité et son incidence sur la notion de famille*. Manuel Dalloz de Droit usuel. París 1974.

Pacheco Máximo. *Los Derechos Fundamentales de la persona humana*. Ed. U. 1988.

Pescio V. Victorio. *Manual de Derecho Civil (De las personas - de los bienes y de la propiedad)*. Ed. Jurídica de Chile. Segunda edición.

Pfeffer Urquiaga Emilio. *Manual de Derecho Constitucional* (basado en explicaciones de los profesores Luz Bulnes Aldunate y Mario Verdugo Marinkovic) Tomo I. Editorial Jurídica Ediar Conosur Ltda. Santiago.

- Soto Kloss Eduardo. *El Recurso de Protección, Orígenes doctrina y jurisprudencia*. Editorial Jurídica de Chile.
- Verdugo S. Pamela. *El Recurso de Protección en la Jurisprudencia*. Editorial Jurídica Ediar Conosur Ltda. 1988.
- Vial Víctor y Lyon Alberto. *Derecho Civil. Teoría General de los actos jurídicos y de las personas*. Ediciones Universidad Católica de Chile, mayo 1985.
- Vodanovic Antonio. *Curso de Derecho Civil*. Tomo I, Vol. II. Tercera edición. Ed. Nascimento 1962.

5. Documentos

- Comisión Teológica Internacional. *Dignidad y derechos de la persona humana. Documento sobre los derechos del hombre*. Ed. Paulinas, septiembre 1987.

6. Memorias de Pruebas

- González Sepúlveda Jaime. *El derecho a la Intimidad Privada*. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Escuela de Derecho de Santiago de Universidad de Chile. Ed. Andrés Bello, 1972.
- Long Prunes Jorge. *Tratamiento de los derechos de la Personalidad en Códigos Modernos*. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.
- Parada Rogazy César Andrés. *De los Derechos de la Personalidad*. Facultad de Derecho. Universidad Católica de Chile, 1989.

7. Artículos

- Bellini Piero. *Derechos fundamentales del hombre, Derechos fundamentales del cristiano*. *Revista de Derecho Privado*. Págs. 569 y siguientes.
- Doyharçabal Casse Solange. *Comentarios al Artículo 75 del Código Civil*. > Trabajo presentado en las VI Jornadas chilenas de Derecho Natural. Facultad de Derecho U.C. 28.10.89. Inédito.
- Merino Scheihing Francisco. *Consideraciones en torno a los derechos de la personalidad*. Trabajo presentado a las jornadas de Derecho civil organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile en Jahuel, agosto de 1989. Inédito.