Artículo: Responsabilidad civil por lesión a los derechos de la personalidad
Revista: Nº198, año LXIII (Jul-Dic, 1995)
Autor: Roberto A. Vásquez Ferreyra

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Nº 198
AÑO LXIII
JULIO - DICIEMBRE 1995
Fundada en 1933

ISSN 0303 - 9986

REVISTA DE DERECHO

BIBLIOTECA

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION

Facultad de
Ciencias Jurídicas
y Sociales

Artículo: Responsabilidad civil por lesión a los derechos de la personalidad
Revista: Nº198, año LXIII (Jul-Dic, 1995)
Autor: Roberto A. Vásquez Ferreyra

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

RESPONSABILIDAD CIVIL POR LESION A LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

(La protección civil del honor, la intimidad, la propia imagen y la identidad personal)

ROBERTO A. VASQUEZ FERREYRA
Prof. de Derecho Civil
Universidad Católica. Rosario. Argentina

I. INTRODUCCION

Con todo acierto se ha dicho que "... la persona es la materia primordial del derecho civil"[2], no obstante lo cual durante mucho tiempo en esta rama del derecho nos hemos olvidado de tal premisa, brindando mayor importancia al patrimonio. Fue de esta manera como los estudios del derecho civil, y más específicamente de la responsabilidad civil, estuvieron dirigidos a la protección de lo que la persona tiene, por encima de lo que la persona es.

En este sentido, Zavala de González dice que la tradición jurídica se ha dedicado más a explorar el terreno patrimonial (lo que el sujeto tiene), aunque en los últimos tiempos se ha puesto el acento en el estudio y atención de lo que el sujeto es. "El daño moral, emparentado con esta última dirección, ha sufrido aquel atraso y no es ajeno al último avance en el proceso de espiritualización del derecho"[3].

Efectivamente, en los últimos años se viene dando un proceso de transformación en el derecho de daños, que se caracteriza por el pase de una concepción patrimonialista del daño a una de tipo personalista, que pone el acento más en la persona que en el patrimonio. Fruto de esta *conquista ética*[4] es el reconocimiento amplio de la indemnización del daño moral –provenga éste de un hecho ilícito, de un incumplimiento obligacional e inclusive tratándose de

[1] Agradecemos la oportunidad que nos brindan de rendir este homenaje al distinguido jurista profesor Trigo Represas, a quien admiramos y respetamos como jurista y como ser humano y quien a su vez nos ha hechor el honor de integrar el jurado al defender nuestra tesis doctoral en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

[2] Hernández Gil, Antonio, *Derecho de obligaciones*. Ceura, Madrid, 1983, p.9.

[3] Zavala de González, Matilde, *Daños a las personas –integridad sicofísica*. Hammurabi, Buenos Aires, 1990, vol. p. 35.

[4] La expresión corresponde a Busnelli y es citada por Giannini, Gennaro, *Il risarcimento del danno alla persona nella giurisprudenza*. Giuffré, Milano, 1991, p.1.

Artículo: Responsabilidad civil por lesión a los derechos de la personalidad
Revista: Nº198, año LXIII (Jul-Dic, 1995)
Autor: Roberto A. Vásquez Ferreyra

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

la llamada responsabilidad por acto lícito. Es que la reparación de los perjuicios extrapatrimoniales –daño moral– es uno de los instrumentos más importantes de que dispone la ciencia jurídica –junto con los de tipo preventivo– como medio para garantizar la tutela efectiva de la persona.

La patrimonialización del derecho civil que tiene su coronación en el Código de Napoleón y que se caracterizó por contemplar a la persona como mero sujeto de titularidades, vuelve en estos tiempos a su punto de partida, reconociendo a la persona como primera realidad lógica e institucional del derecho. De esta manera el derecho evoluciona en el sentido de "... calar más profundamente en la interioridad, en la plenitud de la persona"[5]; se redescubre la propia esencia del derecho civil, esto es la defensa de la persona como ser de fines; no sólo de la persona en lo que ella tiene, sino en lo que ella es[6].

En este camino cobra importancia suprema el pleno reconocimiento y protección de los llamados derechos de la personalidad, protección preventiva y resarcitoria que dada la naturaleza de estos derechos se debe otorgar siempre, pues lo que está en juego es la propia dignidad humana[7]. Es por ello que en los últimos tiempos estos derechos se han erigido en valores políticos superiores garantizados en las constituciones más modernas.

El hombre, a diferencia de los otros seres y de las cosas, tiene un fin en sí mismo, fin propio que cumplir para el cual está dotado de inteligencia y libertad. Por ello la persona es más que un simple existir. Dice Legaz que "... el valor de la persona consiste, por lo pronto, en ser más que el mero existir, en tener dominio sobre la propia vida, y esta superación, este dominio, es la raíz de la dignidad de la persona"[8].

En consecuencia, la lucha por el derecho es la lucha por la defensa de la persona, y en ese camino se encuentra la plena defensa de estos derechos de naturaleza extrapatrimonial.

En esta oportunidad queremos pasar revista a algunos aspectos vinculados con los derechos de la personalidad, sin ánimo de agotar su tratamiento, cosa que por otra parte sería imposible. Nuestra intención es detenernos tan sólo en algunos aspectos novedosos o que se presentan como más conflictivos.

2. DERECHO DE LA PERSONALIDAD O DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

En una etapa de la doctrina se habló de un derecho general de la personalidad, lo que tenía una explicación histórica. Este derecho general de la per-

[5] Hernández Gil, Antonio, ***Reflexiones sobre el futuro del derecho civil***, RDP, Madrid, 1957-XLI-1177.

[6] García López, Rafael, *Responsabilidad por daño moral*. Bosch., Barcelona, 1990, p. 17.

[7] En tal sentido, el derecho al honor se ha llegado a confundir con la propia dignidad humana. Ver al respecto González Pérez, Jesús, *La dignidad de la persona*, Civitas, Madrid, 1986, pp. 101 y 102.

[8] Legaz, ***La noción jurídica de persona***, citado por González Pérez, Jesús, *La dignidad*., cit, p. 23.

Artículo: Responsabilidad civil por lesión a los derechos de la personalidad
Revista: Nº198, año LXIII (Jul-Dic, 1995)
Autor: Roberto A. Vásquez Ferreyra

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

sonalidad, ideado en la doctrina alemana, garantizaba al sujeto el dominio sobre un sector de la propia esfera de la personalidad, y era considerado como una reivindicación general de contar como persona. La explicación o el fundamento de este derecho general de la personalidad brindada por Otto von Gierke estaba en conferir al mismo un valor de reserva para el caso de que apareciera una nueva faceta de la personalidad, digna de protección y que el legislador demorase en reconocerla. Existiendo un derecho general, dentro del mismo tendrían cabida todas las manifestaciones de la personalidad, y en él encontrarían su protección sin necesidad de recurrir a la creación de nuevos y distintos derechos de la personalidad[9].

El derecho general de la personalidad se convierte entonces en un derecho madre del que nacen cuantos derechos concretos de la personalidad sean precisos para tutelar la dignidad y modos de ser de la persona[10].

Este derecho general de la personalidad no encuentra justificativo en la doctrina moderna. Lo podría haber tenido en aquellos países en los cuales la reparación de los perjuicios patrimoniales se encuentra tipificada o limitada a la lesión de ciertos derechos previamente enumerados, tal el caso de Alemania. Pero esta sistemática está en franca retirada en el derecho comparado, que sigue la evolución reseñada en las primeras líneas[11].

En la actualidad la doctrina la doctrina que prevalece en nuestro derecho y en el orden internacional es la de los *derechos de la personalidad*[12]. Esta contempla la existencia de un catálogo abierto de derechos subje-

[9] Ver Hattenhauer, Hans. *Conceptos fundamentales del derecho civil.* Ariel, Barcelona, 1987, p. 23.

[10] En la Argentina esta tesis de un solo derecho general de la personalidad fue propiciada por Carranza, Jorge A. "El derecho a la intimidad y los medios de comunicaciones de masas", separata de la *Revista del Notariado*, Buenos Aires, 1974, N° 734. El distinguido jurista cordobés habla en ese trabajo de la necesidad de contemplar un derecho general de la personalidad que bien podría ser el propio derecho a la intimidad.

[11] Cfr. Bueres, Alberto J., "El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta", en Trigo Represas, Félix A., y Stiglitz, Rubén S. (dirs.). *Derecho de daños*, primera parte, La Rocca, Buenos Aires, 1989 pp. 176 y ss. La situación en Alemania está relatada en p. 180. En síntesis se ha producido una ampliación del catálogo de derechos subjetivos e inclusive se reconoce la protección de algunos intereses humanos llamados simples o de hecho como objeto de resarcimiento.

[12] De esta manera opinan entre otros, De Angel Yaguez, Ricardo, "La protección de la personalida en el derecho privado", *Revista de Derecho Notarial*. Madrid, enero-marzo 1974, año XXI , N° LXXXIII, p. 42; Romero Coloma, Aurelia. *Los bienes y derechos de la personalidad*, Trivium, Madrid, 1985. p. 11; Rogel Vide Carlos, *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*, publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1985 pp. 30 y ss.; Beltrán de Heredia y Castaño, José, "Construcción jurídica de los derechos de la personalidad", discurso leído ante la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1976, p. 29. En nuestro país, quienes más han estudiado el tema hablan de derechos personalísimos y no de un derecho general de la personalidad. V. gr.: Cifuentes, Santos, *Tutela integral de los derechos personalísimos*, LL, 2/4/90; *idem, derechos personalísimos*. ED, 106-773; Rivera, Julio C., *Hacia un régimen integral y sistemático de los derechos personalísimos*, LL, 1983-D846.

Artículo: Responsabilidad civil por lesión a los derechos de la personalidad
Revista: Nº198, año LXIII (Jul-Dic, 1995)
Autor: Roberto A. Vásquez Ferreyra

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

tivos, los que existen en forma independiente de su consagración legislativa expresa.

Respecto de este catálogo, su contenido es muy vasto, por lo que no resulta recomendable pretender una enumeración taxativa. Entre los más importantes podemos enumerar el derecho a la vida, a la integridad psicofísica, a la imagen, a la intimidad, al honor, a la voz, etc.[13].

Se trata de un catálogo abierto, pues como lo señalamos antes, día a día aparecen nuevas facetas de la personalidad humana que son dignas de protección y que por ende van configurando derechos autónomos de la personalidad. Un buen ejemplo de ello es el derecho a la identidad personal, el que recién en nuestros días va cobrando perfiles propios[14]. Y este reconocimiento de nuevos derechos de la personalidad no necesariamente debe ir acompañado de su consagración legal, pues en la mayor parte de los casos tiene su origen en la doctrina, avalada por la jurisprudencia. Es que como lo señalara De Cupis "... la personalidad humana constituye un valor natural, independiente de la vida social y de todo orden jurídico. La personalidad jurídica es, por otra parte, la traducción de dicho valor a términos jurídicos. Y en esta traducción o traslado a la esfera jurídica, si se trata de conseguir un adecuado y concreto reconocimiento jurídico del valor constituido por la personalidad misma, no basta con atribuirle el carácter de mera aptitud jurídica, sino que es precisa la atribución de algunos derechos, especialmente cualificados, que son desarrollo concreto de aquella aptitud y que constituyen los derechos esenciales de la persona.

Estos derechos tienen por objeto los bienes más elevados de todos los susceptibles de señorío jurídico y tienen para la persona mayor precio que cualquier otro. Se trata, en resumen, de los derechos de la personalidad"[15].

La configuración de los distintos derechos de la personalidad como categorías autónomas tiene vital importancia, pues las soluciones aplicables para cada uno de ellos puede variar en caso de conflicto. Por ejemplo, cuando a través de los medios de comunicación se lesiona el derecho a la intimidad, la reacción jurídica suele brindar mayor protección a la víctima que cuando lo que está en juego es el derecho al honor.

Si bien es común que un mismo hecho lesione varios derechos de la personalidad, nada impide que en cada caso concreto sea tan sólo uno el derecho lesionado. Por ello se hace imprescindible el análisis por separado de los distintos derechos que integran el catálogo de estos derecho fundamentales.

A continuación nos referiremos a cuatro de estos derechos, poniendo el acento en el análisis de la jurisprudencia y doctrina españolas más recientes. Ello obedece a que es en España donde estos derechos encuentran mayor reconocimien-

[13] Ver ampliación de esta enumeración, pero siempre a mero título ejemplificativo, en Goldenberg, Isidoro, "Daño a los derechos de la personalidad", en Trigo Represas, Félix A., y Stiglitz, Rubén S. Carlos (dirs.), *Derecho* ..., cit., p. 336.

[14] Cfr. Fernández Sessarego, *Derecho a la identidad personal*, Astrea, Buenos Aires, 1992.

[15] De Cupis, Adriano, *Il diritto della personalitá*, Milano, 1959, vol I. pp. 22 y siguientes.

Artículo: Responsabilidad civil por lesión a los derechos de la personalidad
Revista: Nº198, año LXIII (Jul-Dic, 1995)
Autor: Roberto A. Vásquez Ferreyra

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

to y protección legislativa, por estar contemplados expresamente en la Constitución y en leyes especiales[15], lo que a su vez ha motivado innumerables pronunciamientos tanto del Tribunal Supremo español[17] como del Tribunal Constitucional[18].

Este enfoque lo hacemos en la creencia de que el derecho comparado adquiere vital importancia cuando las instituciones han merecido un desarrollo abundante en el extranjero. No es que propiciemos la importación directa de soluciones que hasta pueden llegar a no ser acordes con nuestro derecho, sino simplemente el aporte de ideas que deberán pasar por el filtro de nuestro sistema. Por ejemplo, en materia del derecho al honor en su colisión con la libertad de prensa, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha recurrido al aporte de la jurisprudencia del máximo tribunal de los Estado Unidos[19].

3. EL DERECHO A LA INTIMIDAD

La importancia de la intimidad personal hoy en día no es negada por nadie[20]. Es que la persona necesita de la intimidad como el organismo necesita del oxígeno[21]. Sin embargo, es en la actualidad la época en la cual estamos más expues-

[16] Reviste fundamental importancia la ley orgánica 1/1982 del 5 de mayo de ese año sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. El análisis de esta ley lo hemos hecho con anterioridad en un trabajo de nuestra autoría: "El derecho a la intimidad, al honor y a la propia imagen (con especial referencia a la legislación española y a propósito de un fallo del Tribunal Supremo español)" *JA*, 1989-III-814. La citada ley consta de tan sólo nueve artículos y dos disposiciones transitorias. A esta ley, en el año 1985, por ley orgánica 3/85 se le incorporó en el art. 2.2 el siguiente párrafo: "No se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando (...) por imperativo del art. 71 de la Constitución, cuando se trate de opiniones manifestadas por diputados o senadores en el ejercicio de sus funciones. Iniciado un proceso civil en aplicación de la presente ley, no podrá seguirse contra un diputado o senador sin la previa autorización del Congreso de diputados o del Senado". Este agregado ha sido declarado inconstitucional por sentencia del Tribunal Constitucional en pleno del 18/1/90. Nº 9/90, por lo que en la actualidad carece de vigencia.

[17] Un análisis sumamente actualizado de la jurisprudencia del Tribunal Supremo español que parte del año 1986 y hasta 1990 se puede ver en O'Callaghan, Xavier, "Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen", *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1991, pp. 245 y siguientes.

[18] Sobre el particular ver Vásquez Ferreyra, Roberto., "El derecho...", cit., *JA*. 1989-III-814.

[19] Nos referimos a la sentencia del 19/11/91, "Vago, Jorge c/Ediciones de La Urraca", *JA*. 25/3/92, con nota de Augusto M. Morello.

[20] A lo sumo se trata de reducir el ámbito de protección a su mínima expresión. Esto se ve sobre todo cuando se enfrentan la intimidad con el derecho a la información. En este sentido ver Salvador Coderch, Pablo (dir), y otros. *EL Mercado de las ideas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990. pp. 303 y siguientes.

[21] "Desde su interioridad la persona puede ser libre, poseerse a sí misma, sustraerse al dominio de los automatismos internos y externos. Desde su interioridad la persona puede tener perspectiva, echar una mirada amplia sobre sí misma y el mundo que la rodea. Es capaz de ejercer entonces su inteligencia y obrar de una manera libre y responsable. Se comunica, así, en conocimiento y amor, con la interioridad de las otras personas y cosas. En su interioridad el hombre se pone en presencia de su mentira y de su verdad y enfrenta sus opciones fundamentales. En su interioridad se encuentra la fuente secreta de agua viva que alimenta su vida" (Velazco Suárez, Carlos A., "La huida de la intimidad", *La Nación*, Buenos Aires, 6/6/89).

Artículo: Responsabilidad civil por lesión a los derechos de la personalidad
Revista: Nº198, año LXIII (Jul-Dic, 1995)
Autor: Roberto A. Vásquez Ferreyra

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

tos a que nuestra intimidad no sea respetada, pues vivimos en la era de las computadoras[22], de los grandes medios de comunicación masiva, de los aparatos ultrasofisticados ideados para franquear el castillo de nuestra privacidad[23].

Una autora que ha estudiado el tema del derecho a la intimidad con cierto detenimiento, asimila la noción de intimidad con la de vida privada en razón de que cualquier distinción entre ambos conceptos carece de efectos jurídicos[24].

Por nuestra parte, preferimos referirnos a la protección de la vida privada, entendiendo a ésta con mayor amplitud que la intimidad. No es que de esta manera se establezcan diferencias en cuanto a los niveles de protección jurídica, sino tan sólo se trata de agrandar o ensanchar el campo dentro del cual la persona tiene el derecho de excluir a quienes desee. Entendida de esta manera, la vida privada sería el género que incluye en su núcleo central a la intimidad. Esta última sería la parte más reservada y que menos dudas plantea en cuato a su necesidad de protección. Pero en el concepto de privacidad se incluyen situaciones que tal vez, en su sentido vulgar, no podrían ser catalogadas de íntimas. Verbigracia, no creemos que sea correcto afirmar que los deportes que cada uno practica en su club los fines de semana se traten de algo íntimo, aunque sí hacen a la vida privada. Precisamente al ampliar la protección a toda la vida privada, el sujeto puede lograr también la protección en este caso[25].

De lo dicho podemos decir que el derecho a la intimidad o a la privacidad se caracteriza por el rechazo a toda intromisión no consentida en la vida privada.

Fernández Sessarego define el derecho a la intimidad como "...la respuesta jurídica al interés de cada persona de lograr un ámbito en el cual pueda desarrollar, sin intrusiones, curiosidad, fisgoneo ni injerencia de los demás, aquello que constituye su vida privada. Es la exigencia existencial de vivir libre de un indebido control, vigilancia o espionaje"[26].

En la jurisprudencia española, y en cuanto a la protección específica del derecho a la intimidad, son de singular importancia los siguientes fallos.

En un trabajo de nuestra autoría antes citado comentamos el fallo del Tribunal Supremo español dictado en la causa iniciada por Isabel Pantoja con

[22] Como reacción a la sociedad tecnológica, se aprecia una ampliación del marco de protección. Resulta ya insuficiente concebir la intimidad como un derecho de garantía de defensa negativa contra el ataque a la vida privada, y se reclama como derecho activo de control, sobre el flujo de informaciones que afectan a cada ciudadano. Es lo que se conoce como derecho a la autodeterminación informativa.

[23] Lloveras de Resk, María E., "La intrusión a la intimidad a través de la informática", *JA*, 21/6/89; Murillo, Pablo L., *El derecho a la autodeterminación informativa*, Tecnos, Madrid, 1990.

[24] Ferreira Rubio, Delia, *El derecho a la intimidad*, Universidad, Buenos Aires, 1982, p.38.

[25] Se ha dicho que lo íntimo, lo privado y lo público son círculos concéntricos; en los dos primeros, los límites los establece personalmente el individuo. Intimidad y vida privada no son sinónimos en su acepción exacta, porque lo íntimo es un núcleo más interno que lo meramente privado, es el corazón de cada persona (García Sanz, Rosa M., *El derecho a opinar libremente*, Eudema, Madrid, 1990. p. 29).

[26] Fernández Sessarego, Carlos, *Derecho*..., cit.p. 163.

Artículo: Responsabilidad civil por lesión a los derechos de la personalidad
Revista: Nº198, año LXIII (Jul-Dic, 1995)
Autor: Roberto A. Vásquez Ferreyra

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

motivo de la filmación y posterior comercialización de las imágenes correspondientes a la corrida de toros en la que su esposo –el conocido torero Paquiri– perdió la vida. Esta sentencia fue posteriormente dejada sin efecto por el Tribunal Constitucional en fecha 2/12/88[27].

De la sentencia del Tribunal Constitucional, y en cuanto al derecho a la intimidad, resulta de importancia el fundamento jurídico cuarto, en el cual se reconoce el derecho a la intimidad de todo un grupo familiar. En la oportunidad, el alto tribunal sostuvo: "... se invocan derechos (a la intimidad personal y familiar) cuyo titular no es ya exclusivamente el fallecido, sino, genéricamente, su familia, afectada en su dolor e intimidad y, más específicamente su viuda, y hoy demandante doña Isabel Pantoja Martín. Desde esta segunda perspectiva, la demanda se centra en el carácter privado que tenía el lugar en que se recogieron determinadas escenas mediante una cámara de video –la enfermería de la plaza de toros– y el carácter íntimo de los momentos en que una persona se debate entre la vida y la muerte, parcela que debe ser respetada por los demás. Y viene a mantenerse que esa intimidad no sólo es propia del directamente afectado, sino que por su repercusión moral, es también un derecho de sus familiares. Pues bien, en esos términos debe estimarse que, en principio, el derecho a la intimidad personal y familiar se extiende no sólo a aspectos de la vida propia y personal, sino también a determinados aspectos de la vida de otras personas con las que se guarde una especial y estrecha vinculación, como es la familiar; aspectos que, por la relación o vínculo existente con ella, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo que los derechos del art. 18 de la Constitución española protegen. Sin duda, será necesario, en cada caso, examinar de qué acontecimientos se trata, y cuál es el vínculo que une a las personas en cuestión; pero al menos no cabe dudar de que ciertos eventos que puedan ocurrir a padres, cónyuges, o hijos, tienen, normalmente, y dentro de las pautas culturales de nuestra sociedad, tal trascendencia para el individuo, que su indebida publicidad o difusión incide directamente en la propia esfera de su personalidad. Por lo que existe al respecto un derecho –propio y no ajeno– a la intimidad constitucionalmente protegible..."

Son comunes los casos en los cuales el ejercicio del derecho a la información implica la lesión a la intimidad. Al respecto se registra una sentencia del Tribunal Constitucional español de fecha 14 de febrero de 1992. En el caso concreto se trataba de una información publicada en el año 1986 en el periódico *Baleares*, en el cual se identificaba a un arquitecto enfermo de SIDA, añadiéndose que vivía con un compañero de profesión. Si bien la noticia era cierta, los profesionales demandaron a la empresa periodística por sentirse lesionados en sus derechos fundamentales. En todas las instancias obtuvieron sentencia favorable, hasta que la causa llegó por la vía del recurso de amparo al Tribunal Constitucional, atento que el órgano periodístico alegaba lesión a la libertad informati-

[27] Esta sentencia del Tribunal Constitucional español fue publicada integramente en *JA*, 27/9/89, con comentario de Morello, Augusto M. "La fiesta taurina y el derecho a la privacidad", *JA*, 1989-III.

Artículo: Responsabilidad civil por lesión a los derechos de la personalidad
Revista: Nº198, año LXIII (Jul-Dic, 1995)
Autor: Roberto A. Vásquez Ferreyra

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

va. En esta sentencia, el Tribunal Constitucional sienta una jurisprudencia muy importante en favor del derecho a la intimidad, pues en líneas generales le da primacía a éste por sobre el derecho a la información, cuando no está en juego el interés público. En su voto, el presidente del Tribunal expresa que "... cuando tal libertad de información se quiere ejercer sobre ámbitos que pueden afectar a otros bienes constitucionales, como son el honor y, en este caso, la intimidad, es preciso para que su proyección sea legítima, que lo informado resulte de interés público, pues sólo entonces puede exigirse de aquellos a quienes afecta o perturba el contenido de la información que, pese a ello, la soporten en aras, precisamente, del conocimiento general y difusión de hechos y situaciones que interesan a la comunidad..." Más adelante en la sentencia se lee: "...la intimidad personal y familiar es, en suma, un bien que tiene la condición de derecho fundamental y sin el cual no es realizable, ni concebible siquiera, la existencia en dignidad que a todos quiere asegurar la norma fundamental (...) la preservación de ese reducto de inmunidad sólo puede ceder, cuando del derecho a la información se trata, si lo difundido afecta, por su objeto o por su valor, al ámbito de lo público, no coincidente, claro es, con aquello que pueda suscitar o despertar, meramente, la curiosidad ajena..."[28].

En el caso en análisis, el mensaje periodístico cuestionado era la difusión de un hecho externo al informador, es decir de una típica noticia, la cual para ser digna de protección en primer lugar debe ser veraz. Para conseguir dicha verdad, el informador debe tener una actitud de objetividad. No es el resultado verdad, sino la actitud del informador por buscar la verdad lo que interesa [29]. Pero el requisito de la veracidad por sí solo no legitima la noticia cuando ésta lesiona derechos de jerarquía superior como es la intimidad personal. Es que el derecho a la intimidad funciona como excepción del derecho a la información. Como bien se ha dicho, frente al choque de dos derechos fundamentales, debe prevalecer aquel que está más próximo al núcleo de la personalidad , y "... como quiera que el derecho a la información es un derecho relacional del hombre con sus semejantes, cederá ante el derecho a la intimidad –*intimus* significa lo más dentro posible–, al honor y, en menor medida, a la propia imagen"[30].

A mayor abundamiento, el Tribunal Constitucional se encargó de dejar aclarado que la noticia en cuestión no atendía a ningún interés público, agregando por nuestra parte que no todo lo que interesa al gran público, o aquello por lo que siente curiosidad, puede ser catalogado como de interés público.

[28] Ver comentario a esta sentencia: Lasarte Alvarez, Carlos, *Derecho a la intimidad versus libertad informativa: la primacía constitucional de la intimidad*, Tapia, Madrid, mayo-junio 1992, año XI.

[29] Ver al respecto García Sanz, Rosa M., *El derecho...*, cit. pp. 44 y 45: Desantes Guanter, *La verdad de la información*, España. 1976; Vilas Nogueira, José, "El derecho a la información mendaz (algunas consideraciones sobre la jurisprudencia constitucional acerca de la libertad de información)", *Revista Jurídica de Castilla*, La Mancha, abril-agosto 1988, Nº. 3 y 4, pp. 635 y siguientes.

[30] García Sanz, Rosa M., *El derecho...*, cit. p. 47. Insistimos en que se trataba de un mensaje noticioso, pues de haber sido un enunciado de opinión el régimen varía.

Artículo: Responsabilidad civil por lesión a los derechos de la personalidad
Revista: Nº198, año LXIII (Jul-Dic, 1995)
Autor: Roberto A. Vásquez Ferreyra

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Por último, en sentencia del 13 de marzo de 1989, el Tribunal Supremo español decidió en una demanda interpuesta por un atleta contra la Federal Española de Atletismo. En el caso concreto, la federación de atletismo había difundido públicamente una noticia en la que se decía que la demandante, destacada atleta, había sido sometida a determinados análisis, detectándose en ellos una alteración cromosómica de carácter congénito, circunstancia que determinaría su baja en el próximo encuentro atlético entre España y Gran Bretaña. En la oportunidad el Tribunal Supremo señaló que "... la exclusión de la atleta de las pruebas podía hacerse por diversos medios y conductos sin apelar a una prolongación tan amplia de que aquella carecía de las correspondientes pruebas acreditativas de su femineidad para concurrir a los campeonatos internacionales y nacionales en su condición de mujer (...) el patrimonio que comprende la intimidad personal es extremadamente amplio y variado, sin que puedan sentarse reglas generales ni catálogos enunciativos de la misma; pero sí hacer referencias a todos aquellos aspectos biológicos, espirituales o caracterológicos que componen el ser de una persona, como pueden ser los datos analíticos o profesionales de una persona determinada, cuya divulgación por el sujeto que los posee provoca una publicidad de los mismos, como ocurre con los análisis clínicos, bacteriológicos, morfológicos, etc., de una persona... no se puede arrogar un derecho de información sobre la base de quebrantar un derecho fundamental como es el de la intimidad y existen siempre términos hábiles para divulgar la exclusión o baja de un atleta sin dar publicidad de algo tan íntimo y arcano que afecta a la personalidad de una persona, como es su conformación cromosómica".

4. EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN

A esta altura de los tiempos el derecho a la propia imagen puede ser considerado como autónomo respecto de los demás derechos de la personalidad. Tan es así que resulta perfectamente posible la lesión de este derecho sin que se vea menoscabada la intimidad o el honor de la persona[31]. Por ejemplo si se utiliza la foto de una persona tomada en la vía pública para una campaña publicitaria. En la actualidad "... toda persona tiene sobre su imagen y sobre su ulización un derecho exclusivo, y puede oponerse a su difusión sin su autorización, principio que resulta aplicable a cualquier persona, aun cuando carezca de toda notoriedad"[32].

[31] Cfr. Jurisprudencia y doctrina argentinas en Zannoni, Eduardo A., *El daño en la responsabilidad civil*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1987, pp. 406 y siguientes.

[32] Rivera, Julio C., "Hacia una protección absoluta de la imagen personal", *Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional*, setiembre de 1988, año 1 N° 1, p.33. Si la imagen ha sido captada en lugar público y con motivo de un acontecimiento del mismo tipo, se puede llegar a prescindir del consentimiento del interesado, siempre que la imagen individual aparezca como meramente accesoria o accidental dentro del cuadro general, y en la medida en que no sea utilizada comercialmente. Ver art. 31 de la ley 11.723. En España, Igartúa Arregui, Fernando, *La apropiación comercial de la imagen y del nombre ajenos*. Tecnos, Madrid, 1991.

Artículo: Responsabilidad civil por lesión a los derechos de la personalidad
Revista: Nº198, año LXIII (Jul-Dic, 1995)
Autor: Roberto A. Vásquez Ferreyra

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

En nuestro país, además del art. 1071 bis del Cód. Civ., encontramos el art. 31 de la ley 11.723[33].

La protección de la propia imagen es otorgada por el derecho aun en ausencia de la demostración de una daño cierto, pues la mera captación ilegítima de la imagen ya de por sí es configurativa de lesión.

En los últimos tiempos, y sobre todo en la jurisprudencia de los Estados Unidos, se palpa una evolución o transformación del concepto de derecho a la imagen, al que cada vez se le otorga un mayor contenido patrimonial. Aparece el llamado *right of publicity*, que puede ser definido como el derecho a la explotación exclusiva de los signos característicos de la personalidad con fines publicitarios o comerciales[34]. Esta nueva configuración es la que permite la celebración de un contrato de explotación de la imagen de determinada persona en forma exclusiva. Ello es de esta manera porque si el derecho a la propia imagen es considerado como derecho de la personalidad, su propia naturaleza impediría una disposición absoluta y en exclusiva. Cualquier contrato sobre ese derecho sólo permitiría o justificaría la captación de la imagen de la persona, pero ésta no perdería la posibilidad de ceder de nuevo el mismo objeto del contrato anterior.

Por el contrario, la nueva conceptualización del *right of publicity* permite la celebración de estos contratos en exclusiva. En los Estados Unidos, en el caso "Haelan Laboratories Inc. vs. Topps Chewing Gun Inc.", un fabricante de goma de mascar había obtenido, mediante determinada contraprestación dineraria, la autorización en exclusiva para usar la imagen fotográfica de unos afamados jugadores de béisbol en la campaña publicitaria de sus productos. Al tiempo, un competidor de esta empresa obtuvo la misma autorización por parte de los mismos jugadores. El primer comerciante demandó al segundo. Este último sostuvo en su defensa que el primer contrato no supuso más que la exoneración realizada por los jugadores respecto del comerciante para que capte y utilice la imagen personal, sin que ello implique ilicitud. Es decir que el contrato al comerciante no le confería una especie de derecho de propiedad, sino tan sólo un permiso para captar una imagen que de otra manera sería ilegítima. Pese a esta argumentación, el Tribunal, reconociendo la existencia del *right of publicity*, hizo lugar a la demanda interpuesta por el primer contratante, pues entendió que con el segundo contrato se había violado su derecho exclusivo sobre el *right of publicity* de los jugadores .

En cuanto a la recognoscibilidad de la persona cuya imagen se difunde, ha sido tenida en cuenta según se trata de una utilización comercial o no. Cuando se trata de una explotación comercial la tendencia es brindar una protección mayor. Es decir que tratándose de apropiación comercial de la imagen, los requisitos de reconocibilidad se reducen. Inclusive la protección se ha otorgado en casos en los cuales junto a una imagen poco identificable, se incorporan objetos que se asocian habitualmente con la persona en cuestión. En Alemania se re-

[33] CNCiv., Sala C, 2/5/89 "Sean, Gabriela c/Chami, Ramón", *JA* 14/3/87; *id.*, Sala A, 27/10/87, "Medina de Bruschi, Patricia c/Editorial Inédita", *LL*, 19/4/88.

[34] Igartúa Arregui, Fernando, *La apropiación*....cit. p. 16.

Artículo: Responsabilidad civil por lesión a los derechos de la personalidad
Revista: Nº198, año LXIII (Jul-Dic, 1995)
Autor: Roberto A. Vásquez Ferreyra

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

gistra un antecedente en el cual se consideró identificado a un jinete por una foto en la que se reconoce claramente a su caballo, a pesar de que no se distinguían bien los rasgos de quien lo montaba[35]. En un caso parecido, los tribunales norteamericanos entendieron que se identificaba a un piloto de carreras por la utilización en una propaganda de una foto de su distintivo coche de carreras. En el caso, el actor no reclamaba por la reproducción fotográfica ilegítima de su automotor, sino que estaba afirmando que la apariencia distintiva de un objeto muy relacionado con él era utilizada en un anuncio, de tal forma que se identificaba su propia persona[36].

Como se ve, la protección no se brindó al objeto en sí mismo, sino en cuanto era un instrumento de identificación de su titular.

Todo esto ha llevado a decir que son dos los supuestos en los cuales los objetos colaboran a la identificación de la imagen personal: "ayuda directa (apoyo a una imagen de la persona no reconocible en sí misma) y ayuda indirecta (conformación de un contexto evocador de la persona)"[37].

Sobre el requisito de la reconocibilidad se debe decir también que el uso de las famosas tiras negras tapando los ojos del personaje, por sí solo puede no ser suficiente como para justificar la difusión de la imagen personal sin el consentimiento del individuo.

Respecto del consentimiento del interesado para que se capte y reproduzca su imagen, Rivera con acierto expone que tal consentimiento "... debe ser interpretado de manera estricta, de modo que el acuerdo dado para la utilización de una fotografía se limita al objeto para el cual fue prestado, no pudiendo difundirse más tarde en la misma o en otra publicación"[38].

Sobre este particular, nuestros tribunales han sostenido: "Cuando el consentimiento se ha dado para un tipo de exhibición, todo cambio viola el derecho, pues la eficacia de ese consentimiento debe estar contenida en los límites de la voluntad que lo formuló (...) la autorización para que se exponga el retrato de una artista no puede ser aprovechada en una publicación comercial, o en otro tipo de propaganda... Al ser desviada la publicidad consentida, al sacarse de contexto el consentimiento, o al agregarle connotaciones que no tenía cuando se prestó, si bien a la intimidad por la sola publicación de la misma foto parece imposible considerarla violada desde que la foto estaba en la calle, por decir así, entra a a tallar el derecho a la imagen, el cual se revela como un *jus* personalísimo autónomo, emanación de la personalidad, contenido en los límites de la voluntad y de autonomía privada del sujeto al que pertenece la imagen (...) si se dio consentimiento para un suplemento deportivo y con ese fin, hay ataque a la

[35] OLG Düsseldorf, GRUR, 1970, 618, citado por Igartúa Arregui, Fernando, *La apropiación...*, cit., p. 25.

[36] "Montschenbacher c/Reynolds Tobacco Co." 498 F2d 821 1974 Corte de Apelaciones del circuito 9º de los EE.UU.

[37] Igartúa Arregui, Fernando, *La apropiación...*, cit. p. 27.

[38] Rivera , Julio C., "Derecho a la intimidad" , en Trigo Represas, Felix A. y Stiglitz, Rubén S. (dirs), *Derecho...*, cit. p. 336

Artículo: Responsabilidad civil por lesión a los derechos de la personalidad
Revista: Nº198, año LXIII (Jul-Dic, 1995)
Autor: Roberto A. Vásquez Ferreyra

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

imagen si se la publicita años después con otro fin, como es una relación médica sobre fibromas"[39].

En sentido coincidente al del fallo antes citado, se ha dicho: "..., el hecho de haber admitido la publicación realizada en una revista determinada, no puede entenderse como que subsistía la conformidad para que se difundiera la foto del actor, la descripción del inmueble y las manifestaciones de su cónyuge más de dos años después y en una revista que mantiene una línea de orientación distinta a la del medio para el cual se prestó la aquiescencia; debe concluirse por lo tanto que aunque fuera la demandada poseedora legítima de la fotografía del actor, no podía difundirla sin la conformidad de éste"[40].

En España el derecho a la propia imagen se considera como un derecho más de la personalidad y, además, de gran amplitud, pues para apreciar su infracción no se exige necesariamente que se trate de una explotación comercial de la imagen ajena. En este sentido, el art. 7.5 de la L.O. /1/1982 dice que la captación, reproducción o publicación por fotografías, filme o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el art. 8.2, constituye una intrusión ilegítima. Por su parte, el art. 7.6 añade que también lo es la utilización del nombre, de la voz, o de la imagen para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga. Entre los casos en los cuales se justifica la captación y reproducción de la imagen ajena el citado art. 8 contempla la captación, reproducción o publicación por cualquier medio cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público; la utilización de la caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso social, la información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesoria[41].

Los tribunales españoles han intervenido en reiteradas oportunidades en asuntos en los cuales se ventilaba la lesión al derecho a la propia imagen.

En la sentencia del Tribunal Supremo del 11 de abril de 1987 se define este derecho de la siguiente manera: "Por derecho a la imagen hay que entender la facultad exclusiva del interesado a difundir o a publicar su propia imagen, y por ende, su derecho a evitar su reproducción, en cuanto se trata de un derecho de la personalidad". El mismo tribunal en fecha 9 de mayo de 1988 ha dicho que ".... el llamado derecho a la imagen, como derivado de la personalidad del

[39] CNCiv., Sala C., 2/2/88 "Tycki, María C. c/Clarín Arte Gráfica Editora Argentina, S.A. s/daños y perjuicios", inédito.

[40] CNCiv., Sala G, 5/4/88,"Anzoátegui, Ignacio c/Editorial Perfil", *JA*, 1988-III-427.

[41] Algunos autores se preguntan si es necesario proteger tanto la imagen. En Alemania, donde la imagen de las personas se encuentra protegida desde hace muchos años, sólo se prohibía la difusión o exposición pública de la misma sin el debido consentimiento, mas no la mera fijación. A partir de la década del '50, la jurisprudencia ha reconocido la existencia de este derecho en forma más patente, por lo que hoy en día la mera fijación de la imagen ya es considerada violatoria de ese derecho. En España, la ley de 1982 considera ataque a este derecho a la mera fijación. CFr. Salvador Coderch, Pablo (dir), y otros, *El mercado*..., cit., p. 319;.

Artículo: Responsabilidad civil por lesión a los derechos de la personalidad
Revista: Nº198, año LXIII (Jul-Dic, 1995)
Autor: Roberto A. Vásquez Ferreyra

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

individuo, tiene carácter innato, si bien no ha sido reconocido hasta fecha reciente por el ordenamiento jurídico de los países más progresivos, que han subrayado su carácter de bien irrenunciable, e inalienable (...) proclamando que la violación del mismo comporta un atentado contra los derecho fundamentales de la persona"....

En otra sentencia del mismo tribunal de fecha 29 de marzo de 1988, se trataba de la demanda interpuesta por una conocida actriz que había sido fotografiada semidesnuda en una playa solitaria de Menorca, fotografía que fue publicada en una revista. Las fotos habían sido tomadas con teleobjetivo. En la oportunidad el Supremo español hizo lugar a la demanda interpuesta por la artista contra el fotógrafo y la editorial. Entre otros considerandos se lee: "(la propia imegen y la intimidad) además de la delimitación que pueda resultar de las leyes, se estima razonable admitir que en lo no previsto por ellas la esfera del honor, la intimidad personal y familiar y del uso de la imagen esté determinada de manera decisiva por las ideas que prevalezcan en cada momento en la sociedad y por el propio concepto que cada persona, según sus actos propios, mantenga al respecto y determine sus pautas de comportamiento. Partiendo de esta premisa, bueno será recordar que los juzgadores de instancia, tras destacar que no hubo consentimiento en la obtención de las imágenes y que éstas se lograron mediante la técnica de teleobjetivo y sin que pudiera apercibirse la persona fotografiada, enjuician las llamadas pautas de comportamiento y que, en apretado resumen, destacan que se trata de una artista profesional, que busca un lugar de playa escogido y poco concurrido de gente y alejado de los núcleos de población, con lo que claramente se destaca que las pautas de comportamiento de la actora están proyectadas a la busca de salvaguardar su intimidad y su propia imagen, sin que sea lícito vulnerar este derecho subrepticiamente bajo los dictados de una corriente permisiva a la que la actora se mostró reacia rehuyendo la publicidad y sin que el hecho reconocido de presentarse en topless autorice la rotura de los moldes en los que se desenvolvía la fotografiada".

En este fallo estamos en presencia, a nuestro criterio, de una violación a la propia imagen y también a la intimidad, pues se debe tener en cuenta que la fotografiada había elegido una playa solitaria, lo que presume que se quería alejar del público y mantenerse en soledad. Sin perjuicio de ello, la sola captación de su imagen con teleobjetivo –y aunque la foto se hubiera hecho en una playa concurrida– ya de por sí demuestra la violación del derecho a la propia imagen, pues se ha de presumir que no se contó con el consentimiento de la fotografiada, atento que la foto fue tomada desde lejos.

En otra sentenica del Tribunal Supremo del 3 de noviembre de 1988, se deja bien en claro que la conformidad para la toma de una fotografía no implica el consentimiento para su posterior publicación en una revista. En tal sentido se lee en la sentencia que estando la imagen de la fotografía que dio origen al reclamo, en clara posición de posar, ello no quiere decir que la actora haya dado su consentimiento expreso y concreto para que la fotografía fuera publicada. "... la imagen de la actora publicada no aparece como accesoria de una información gráfica sobre un suceso o acontecimiento público, ya que se trata de un pri-

Artículo: Responsabilidad civil por lesión a los derechos de la personalidad
Revista: Nº198, año LXIII (Jul-Dic, 1995)
Autor: Roberto A. Vásquez Ferreyra

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

mer plano de la cara y de la parte del cuerpo superior de la cintura de la demandante y como ésta no ejerce un cargo público ni una profesión de notoriedad o proyección pública, sin haber prestado consentimiento expreso a tal efecto, esto es para que fuera publicada..." se hace lugar a la demanda en protección al derecho a la propia imagen.

Respecto de esta última cuestión, según la cual cabe distinguir el consentimiento para ser fotografiado, del consentimiento para que dicha fotografía sea publicada, se ha sostenido en situación semejante que en principio una persona no se puede oponer a que la fotografien o filmen cuando, por ejemplo, está paseando por la calle, de la misma manera que no se podría oponer a que la miren. Tal hecho no constituiría atentado a derecho alguno. Distinto sería si luego esa foto resulta ser publicada, pues es la publicación o reproducción lo que da lugar al atentado. Por nuestra parte pensamos que no se puede sentar una regla absoluta, debiendo analizarse la casuística detenidamente[42].

Resulta interesante un pronunciamiento del Tribunal Supremo del 9 de mayo de 1988 en el cual se analiza la relevancia de la distinción antes analizada en relación con la divulgación de la imagen con fines netamente comerciales, cuando se trata de personajes públicos. En la ocasión se dijo: "Si bien es cierto que el derecho a la propia imagen no impedirá su captación, reproducción o publicación por cualquier medio, cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público en lugares abiertos al público, también lo es que, como viene entendiendo la doctrina más autorizada, el carácter público de la persona cuya imagen se reproduzca sin su consentimiento únicamente legitima su captación, reproducción o publicación a fines de mera información, pero nunca cuando se trata de una explotación para fines publicitarios o comerciales...Acreditado en el caso, como está, que la recurrente procedió a la utilización de la imagen de los demandantes recurridos para fines comerciales, distribución y venta a público de colecciones de cromos y sus correspondientes álbumes, sin que mediara el consentimiento de éstos, debe concluirse que con ello se produjo una intromisión ilegítima en el derecho a la imagen, sin que, por no haberse procedido por la demandada en el uso de un derecho a la información, sino por fines de carácter comercial, quepa entender que la notoriedad de la profesión de deportistas profesionales que ejercen los actores otorgue carácter legítimo a tal intromisión".

Por último, y ahora en Francia, se recuerda el caso de Brigitte Bardot contra *Jour de France*, en el cual los tribunales tuvieron muy en cuenta la falta de consentimiento de la afamada actriz. Se trataba de la publicación de unas fotos tomadas con teleobjetivo a Brigitte Bardot mientras viajaba en auto por la ruta. Entre otros puntos de interés en la sentencia, es de destacar que según el tribunal el hecho de haber autorizado anteriormente la publicación de fotos parecidas, no implica que ello autorice a cualquiera a publicar su imagen sin su pre-

[42]Royo Jara, José, *La protección del derecho a la propia imagen*, Cólex, Madrid, 1987, p. 97. Carnelutti, Francesco, "Il diritto alla vita privata", *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1955, p.5.

Artículo: Responsabilidad civil por lesión a los derechos de la personalidad
Revista: Nº198, año LXIII (Jul-Dic, 1995)
Autor: Roberto A. Vásquez Ferreyra

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

vio consentimiento. Una simple tolerancia, aunque sea prolongada, no puede hacer presumir ni una renuncia al derecho sobre su imagen personal ni una asimilación de su vida privada a su vida pública[43].

5. EL DERECHO A LA PROPIA IDENTIDAD

En la constante evolución y cada vez mayor reconocimiento de los derechos de la personalidad, ha ido apareciendo en los últimos años un nuevo derecho, que se puede considerar ya independizado de la intimidad, del honor y de la imagen personal[44].

Se trata del interés jurídico que tiene la persona a no ver tergiversado o alterado el propio patrimonio intelectual, político, social, religioso, ideológico, profesional , etcétera.

Mientras la imagen se refiere a la mera reproducción física de la persona, la identidad representa una fórmula compleja que sirve para distinguir al sujeto en su propia individualidad, frente a los demás componentes de la sociedad. También se distingue de la intimidad pues ésta tutela un marco de reserva, de no reproducción de situaciones que el sujeto desea conservar para sí excluyendo a terceros; en cambio la identidad asegura la fiel representación de la propia individualidad, lo que necesariamente implica la exteriorización y publicitación de la misma.

De entre los signos individualizadores de una persona, es decir aquellos aspectos que sirven para diferenciarla de los demás, algunos son de naturaleza psíquica, mientras que otros se refieren a la contextura corporal del individuo, es decir a los elementos morfológicos y cromáticos de la persona. La imagen pertenece claramente a este último tipo, mientras que la identidad personal se relaciona con los aspectos psíquicos[45].

Quien más ha estudiado este nuevo derecho de la personalidad, al menos en los países de habla hispana, es Fernández Sessarego. Este autor, que atribuye la creación de este nuevo derecho a la jurisprudencia italiana, entiende como identidad personal el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad. "Identidad personal es todo aquello que hace que cada cual sea uno mismo y no otro. Este plexo de características de la personalidad de cada cual se proyecta hacia el mundo exterior, se fenomenaliza, y permite a los demás conocer a la persona, a cierta persona, en su mismidad, en lo que ella es en cuanto específico ser humano"[46].

Dado lo reciente del reconocimiento de este derecho como autóno-

[43] Barrera, José N., El derecho a la intimidad o novedosas escenas de la vida privada, tra.de Gerardo Lyon Caen, *Revista Jurídica de la Facultad de Derecho de Tucumán*, 1970, N° 21, p. 267.

[44] Reconoce esta independencia Herrero Tejedor, Fernando, *Honor, intimidad y propia imagen*, Cólex, Madrid, 1990. p. 41.

[45] Royo Lara, José, *La protección...*, cit., p. 22.

[46] Fernández Sessarego, Carlos, *Derecho...*,cit., p. 113. Tuvimos el placer de comentar el libro para "Jurisprudencia Argentina".

Artículo: Responsabilidad civil por lesión a los derechos de la personalidad
Revista: Nº198, año LXIII (Jul-Dic, 1995)
Autor: Roberto A. Vásquez Ferreyra

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

mo, resulta difícil encontrar pronunciamientos judiciales en los que haya sido tratado por los tribunales; excepción hecha de la jurisprudencia italiana que Fernández Sessarego comenta en su libro.

Tal vez, la inexistencias de jurisprudencia que de manera expresa otorgue protección al derecho a la identidad personal, se deba a que este derecho resulta relativamente nuevo – al menos su caracterización en forma autónoma– y por ello cuando se presentaban conflictos relacionadas con la identidad personal, la cuestión se enfocaba por el lado de la intimidad o la propia imagen. Por ejemplo, se cita como un caso de lesión a la intimidad, el pleito iniciado por Lord Byron para evitar la difusión de un mal poema espuriamente atribuido a su pluma, el cual si bien no lesionaba su reputación, al menos ofrecía al público una imagen falsa y mala del gran poeta romántico. Nosostros creemos que en realidad, más que de ofensa a la intimidad se trataba de lesión a la identidad personal[47].

Se trata de supuestos en los cuales se distorsiona la identidad o las características de la persona, adicionando u ocultando datos de importancia, sin que ello sea de por sí ofensivo. Estos casos han sido identificados en el derecho inglés con la expresión *false light in the public eye*.

Se señalan como casos típicos de distorsión personal –a nuestro entender de lesión al derecho a la identidad personal– aquellos en los que una persona partícipe de un evento real noticiable "...es convertida en símbolo de la situación en la que se ha visto inmersa, y ello se lleva a cabo modificando, agigantando o, en definitiva, distorsionando ofensivamente los hechos individuales o la personalidad del afectado"[48]. Se recuerda el caso de un reportaje sobre las consecuencias del derrumbamiento de un puente que había matado a cuarenta y cuatro personas. El artículo personificaba la tragedia en la persona del marido de la demandante que había fallecido en el accidente; y al hecerlo, distorsionaba los hechos y acentuaba algunos aspectos de la historia real (por ej., destacaba la pobreza abyecta de la familia de la víctima y describía a su esposa como una máscara inexpresiva). Como se ve, estas inexactitudes no hubieran probablemente justificado un caso de lesión al honor o la intimidad, pero sí de lesión a la identidad personal [49].

Merece un tratamiento especial por su importancia –y que en principio escapa a las dimensiones de este trabajo– la utilización de la identidad de una persona en una obra de creación, sobre todo en el caso de biografías no autorizadas. En general se puede decir que la jurisprudencia francesa y norteamericana no consideran ilegítimas este tipo de obras cuando se trata de personajes públicos. Se ha dicho que las biografías no autorizadas no están sometidas a reclamaciones por apropiación de la personalidad, ya que son legítima diseminación de información sobre temas de interés general. En definitiva, no se trata

[47] El caso es "Lord Byron c/ Johnston", 2 Mer 29, 35 Eng. Rep. 851 (1816). Citado por Prosser, *The right of privacy*, p. 398.

[48] Salvador Coderch, Pablo (dir.) y otros, *El mercado...*, cit., pp. 316 a 318.

[49] El caso es "Cantrell c/Forest City Publisching Co". 1974 (419 U. 245).

Artículo: Responsabilidad civil por lesión a los derechos de la personalidad
Revista: Nº198, año LXIII (Jul-Dic, 1995)
Autor: Roberto A. Vásquez Ferreyra

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

de apropiación indebida de la identidad personal. Sin perjuicio de ello, el problema se puede plantear cuando a través de estas biografías se lesiona la intimidad o el honor, o inclusive la identidad personal, falseando los datos que individualizan y caracterizan al personaje. El Tribunal Supremo de los Estados Unidos en "Time vs. Hill" ha señalado que una biografía de una persona pública esta protegida, salvo que se incurra en falsedades materiales sustanciales. En un famoso caso fallado por los tribunales del mismo país se dijo que " ...una figura pública no tiene derechos exclusivos sobre la historia de su propia vida y los demás no necesitan su permiso o consentimiento para escribir la biografía de esa celebridad"[50].

Insistimos en que lo dicho no quita la posibilidad de lesión a otros derechos tales como la intimidad, el honor, y asimismo la identidad personal, si es que se falsean datos que contribuyen al contenido de ese derecho.

6. EL DERECHO AL HONOR

De todos los derechos de la personalidad que venimos analizando, el que ha sido objeto de mayor protección durante años, es el derecho al honor, y ello tal vez porque se lo llega a confundir o asimilar con la propia dignidad humana. "El honor, al menos en una de sus manifestaciones, era la dignidad misma de la persona, la dignidad del hombre como hombre"[51]. Castán Tobeñas decía que el honor es uno de los bienes jurídicos más preciados de la personalidad humana y que puede ser considerado como el primero y más importante de aquel grupo de derechos que protegen los matices morales de esa personalidad [52].

Tan es así que en general, en todos los países, la lesión al honor se encuentra tipificada como delito penal[53]. Por todo esto, la jurisprudencia en materia del derecho al honor es abundantísima.

Pese a ello, resulta difícil encontrar un concepto unitario de honor, aunque a esta altura de los tiempos, al menos se ha reconocido que todas las personas por el solo hecho de serlo poseen honor. En este sentido, el Tribunal Supremo español, en sentencia del 7 de diciembre de 1984, ha dicho que "...aun las personas más degradadas o envilecidas, conservan uno, a modo de oasis (de dignidad, que no es lícito profanar, ofender y lesionar, siendo preciso también destacar que el honor no es privilegio o patrimonio exclusivo de las clases acomodadas o de las personas refinadas o cultas, sino que corresponde a todos como derecho individual e

[50] "Rosemont Enterprises c/Random House Inc." 294 NYS 2° 122 1968, citado por Igartúa Arregui, Fernando, *La apropiación...*, cit., pp. 180 y 181.

[51] González Pérez, Jesús, *La dignidad...*, cit. p. 102.

[52] Castán Tobeñas, José, "Los derechos de la personalidad", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, julio-agosto 1952.

[53] Soler, Sebastián, *Derecho penal argentino*, Parte Especial, 4ª ed. Tea, Buenos Aires, 1987, t. III pp. 201 y ss; Creus, Carlos *Derecho penal* Parte Especial Depalma, Buenos Aires, 1983, t. I, pp.131 y ss; Jaen Vallejo, Manuel, *Libertad de expresión y delitos contra el honor*, Cólex Madrid, 1992. Especial.

Artículo: Responsabilidad civil por lesión a los derechos de la personalidad
Revista: Nº198, año LXIII (Jul-Dic, 1995)
Autor: Roberto A. Vásquez Ferreyra

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

irrenunciable de la persona tal como lo proclama la Constitución española".

Respecto de la palabra *honor*, Beccaria dijo que "...es una de aquellas que ha servido de base a dilatados y brillantes razonamientos sin fijarle alguna significación estable y permanente[54].

En la actualidad se disputan la noción del *honor* dos concepciones: una llamada fáctica y la otra normativa.

La concepción fáctica entiende el honor como la representación que de las diversas cualidades del individuo efectúa el mismo o los restantes miembros de la comunidad. Este concepto fáctico a su vez comprende el sentido subjetivo y objetivo del honor[55]. El sentido subjetivo comprende las representaciones que el sujeto tiene de sí mismo y la voluntad de afirmar el propio valor. El sentido objetivo, a su vez, se identifica con la fama o buena reputación de que goza la persona en el medio social. La concepción fáctica, en sus dos facetas, objetiva y subjetiva, es muy bien sintetizada por De Cupis para quien el honor es la dignidad personal reflejada en la consideración de los demás y en el sentimiento de la propia persona[56].

Por su parte, la concepción normativa entiende el honor como formando parte de la propia dignidad de la persona. Se trataría del derecho a ser respetado por los demás y a no ser escarnecido, ni humillado ante uno mismo y ante los demás. Para esta concepción, el honor es la pretensión de respeto como persona que fluye de la propia dignidad humana. "El honor no es algo que se tiene (concepto objetivo) o algo que se siente (concepto subjetivo). El honor forma parte de la dignidad humana"[57].

Por nuestra parte, somos partidarios de una concepción sincrética que tenga en cuenta todos los aspectos antes mencionados, sin perder nunca de vista que el honor es derivado natural de la propia dignidad humana, y que en su vertiente ficticia depende de la valoración que el sujeto hace de sí mismo y de la buena fama o reputación de que goce en el ambiente social.

En sentido semejante se ha dicho que el concepto de honor, sin dejar de ser uno, es múltiple y proteiforme, de tal modo que se puede hablar de un honor individual, un honor comercial, profesional, etc.[58]. También Castán Vázquez enseña que "...la tutela del honor en vía civil es amplia, debiendo abrazar, como dice Gangy, todas las manifestaciones del sentimiento del estima de la persona (honor civil, comercial, científico, literario, artístico, profesional, político, etc.) y otorgar al ofendido no sólo el poder de accionar contra el ofensor para el resarcimiento de los daños, sino también la facultad de hacer cesar, si es posible,

[54] Becaria, Cesare de, *De los delitos y de las penas*, trad. Juan A. de las Casas, Alianza, Madrid, 1986, p. 41.

[55] Romero Coloma, Aurelia, *Los bienes*..., cit., p. 62.

[56] De Cupis, Adriano, citado por Jaen Vallejos, Manuel, *Libertad*... cit., p. 150.

[57] Jaen Vallejo, Manuel, *Libertad*..., cit., p. 151. Sobre las dos concepciones del honor, cf. Estrada Alonso, Eduardo,"El derecho al honor en la ley orgánica" 1/ 1982, *Cuadernos Civitas*, Madrid, 1989, pp. 25 y siguientes.

[58] Feliú Rey, Manuel I., *¿Tienen honor las personas jurídicas?*, Tecnos, Madrid, 1990. p.11

Artículo: Responsabilidad civil por lesión a los derechos de la personalidad
Revista: Nº198, año LXIII (Jul-Dic, 1995)
Autor: Roberto A. Vásquez Ferreyra

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

el acto injurioso, y de hacer suprimir el medio con el que el mismo haya sido realizado y pueda ser divulgado"[59].

Visto que el honor encuentra protección eficaz tanto en el derecho penal como en el civil, corresponde decir que en los últimos tiempos se advierte una preferencia por la última de las vías nombradas[60].

La mayor parte de las veces en que el derecho al honor resulta lesionado, lo es a través del ejercicio del derecho a la información, lo que plantea conflictos de difícil solución, atento tratarse ambos de derechos fundamentales[61]. En Argentina, la cuestión fue tratada en reiteradas oportunidades por los tribunales, cobrando importancia al respecto el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de fecha 19 de noviembre de 1991 en la causa "Vago, Jorge c/Ediciones de la Urraca"[62]. Para nosotros la gran variedad de supuestos que el conflicto permanente entre libertad de información y derecho al honor puede presentar, hace que sea imposible establecer reglas absolutas y rígidas que en términos generales establezcan la preferencia de uno u otro. Sin perjuicio de lo dicho, corresponde señalar que existen autores y fallos en los cuales se habla de la preferencia de uno de estos derechos por sobre el otro. Quienes generalmente opinan de esta manera, se inclinan en dar mayor protección al derecho a la información, sacrificando en beneficio de éste el derecho al honor[63].

Resulta fundamental no sólo determinar la calidad de los personajes involucrados –figuras públicas o privadas– sino el tipo de mensaje. Es que la so-

[59] Castán Vázquez, José M., *La protección al honor en el derecho español*, publicaciones de la Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación. Conferencia pronunciada el 26/5156.

[60] Muñoz Machado, Santiago, *Libertad de prensa y procesos por difamación*, Ariel, Barcelona, 1988, pp. 23 y ss. Dice este autor que la dualidad de vías existe en casi todos los países democráticos. La preferencia por la vía civil antes que la acción penal es notable en España sobre todo a partir de la sanción (de la ley orgánica 1/1982 por ser más amplia y efectiva. "Las acciones civiles que esta ley brinda se suelen transitar con bastante rapidez, consiguiéndose además, sustanciosas indemnizaciones económicas" (Jaen Vallejo, Manuel, *Libertad...*, cit., pp. 171 y siguientes).

[61] Aguilera Fernández, Antonio, *La libertad de expresión del ciudadano y la libertad de prensa o información (posibilidades y límites constitucionales)*, Comares, Granada, 1990. Este autor adopta una posición que favorece el derecho a la información por encima del derecho al honor.

[62] Nota de Morello, Augusto M., "Libertad de prensa y responsabilidad civil (la legitimación de quien es figura pública, la prueba de la malicia real –actual malice–)", *JA*, 25/3192.

[63] En la tesis nuestra se puede ver: Estrada Alonso, Eduardo, *El derecho...*, cit., p. 164. Entre quienes dan mayor jerarquía al derecho a la información, ver Salvador Coderch y otros, ¿Qué es difamar? *Libelo contra la ley de libelo*, Civitas, Madrid, 1987; Aguilera Fernández, Antonio, *La libertad...*, cit.; en Argentina, Badeni, Gregorio, *Libertad de prensa*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991. En defensa del derecho al honor por encima del derecho a la información ver Pizarro, Ramón D., *Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación*, Hammurabi, Buenos Aires, 1991: Perlingeri , Pietro, "Información, libertad de prensa y dignidad de la persona", *Revista Jurídica de Catalunya*, 1987, N° 2, pp. 7 y ss. Según este último autor, en Italia el respeto de la persona humana, de su dignidad e intimidad, se erige en valor primario hasta el punto de identificar y caracterizar el orden público constitucional.

Artículo: Responsabilidad civil por lesión a los derechos de la personalidad
Revista: Nº198, año LXIII (Jul-Dic, 1995)
Autor: Roberto A. Vásquez Ferreyra

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

lución no puede ser la misma si se trata de un mensaje de opinión, de noticias, de crítica, de propaganda etc.

En este sentido se afirma por ejemplo que la opinión como juicio de valor que emite el autor no atenta nunca contra el honor, sino que se halla en el ámbito de la libertad de expresión. "Es decir, si se emite una opinión contraria o desfavorable a una persona, no se atenta contra su honor; sí se atenta, si se basa en unos hechos falsos que apoyan tal opinión; sí se atenta, asimismo, si en la opinión se mezclan expresiones difamatorias"[64].

Es por ello que con todo acierto se ha dicho que "...en derecho a la información esta distinción es necesaria puesto que según la distinta naturaleza del mensaje, su tratamiento, exigibilidad y responsabilidad jurídica, por su difusión, serán diferentes. En consecuencia se precisa analizar los mensajes en general y descubrir su naturaleza real, que vendrá a reflejarse en su naturaleza jurídica. Cada tipo de mensaje según esta naturaleza estará regulado de una manera distinta"[65]. Sin perjuicio de lo dicho, algún autor considera –en posición favorable al derecho a la información– que estas distinciones no tienen asidero, pues no existen "...desde el punto de vista de la teoría del conocimiento, meras comunicaciones de hechos sin contenido valorativo, especialmente cuando se trata de sucesos en los cuales la audiencia está interesada: cuando se trata de sucesos coetáneos. Toda mera comunicación de hechos contiene siempre una toma de posición sobre las fuentes de información y un juicio valorativo que consiste en declarar que los hechos han ocurrido así y no de otra manera. En efecto, la mera selección de los hechos y su forma de presentarlos están inevitablemente presididos por apreciaciones y preferencias subjetivas que comportan una particular valoración, con lo que la frontera entre la noticia y la opinión deja frecuentemente de estar claramente definida"[66].

Nosotros pensamos que es perfectamente exigible la objetividad en el mensaje de noticias, al menos como actitud aunque no se pueda alcanzar como resultado. Se dice que la objetividad como actitud y cualidad subjetiva del informador es el esfuerzo por captar fielmente la realidad y transmitirla. Por ello es preferible referirse más que a noticias objetivas, a informadores objetivos. Esta objetividad es plenamente exigible jurídicamente en la comunicación de hechos o noticias. De lo contrario, y ante la falta de noticias objetivas, el público

[64] O'Callaghan, Xavier, *Libertad...*, cit., p. 52.

[65] García Sanz, Rosa M. *El derecho...*, cit., pp. 38 y 39. Para esta autora el mensaje que cuenta con mayor protección es la crítica política pues ésta se ha mostrado, históricamente y en el presente, como la columna vertebral de este derecho, y porque a través de ella el hombre lucha por su libertad, al ser pugnaz contra poderes que lo pueden oprimir o ser intrusos (ver p. 87).

[66] Vilas Nogueira, José, "El derecho a la información mendaz (algunas consideraciones sobre la jurisprudencia constitucional acerca de la libertad de información)". *Revista Jurídica de Castilla*, La Mancha, abril-agosto 1988, Nº 3 y 4. p. 639. En contra de las ideas de este autor, García Sanz, Rosa M., *El derecho...*, citado.

Artículo: Responsabilidad civil por lesión a los derechos de la personalidad
Revista: Nº198, año LXIII (Jul-Dic, 1995)
Autor: Roberto A. Vásquez Ferreyra

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

carecería de la materia prima para elaborar una opinión pública fundada. Es que si no hay hechos o noticias objetivas, no hay sobre qué opinar[67].

A continuación pasaremos revista a toda una serie de fallos dictados por tribunales españoles[68].

En cuanto al análisis casuístico que hemos propuesto cuando se trata del conflicto entre el derecho a la información y el derecho al honor, encontramos en su apoyo la sentencia del Tribunal Constitucional del 17 de julio de 1986, en la cual y entre otros considerandos se dijo: "Por consiguiente, cuando del ejercicio de la libertad de opinión (art. 20.1.a de la C.E.) y/o del de la libertad de comunicar información por cualquier medio de difusión (art. 20. 1.d C.E.)[69] resulte afectado el derecho al honor de alguien, nos encontraremos ante un conflicto de derechos, ambos de rango fundamental, lo que significa que no necesariamente y en todo caso tal afectación del derecho al honor haya de prevalecer respecto al ejercicio que se haya hecho de aquellas libertades, ni tampoco siempre hayan de ser consideradas éstas como prevalentes, sino que se impone una necesaria y casuística ponderación entre uno y otras (...) en esa obligada ponderación, el juez penal debió valorar, desde luego, el contenido mismo del artículo periodístico, la mayor o menor intensidad de sus frases, su tono humorístico, el hecho de afectar al honor del denunciante no en su faceta íntima o privada sino en cuanto derivara sólo de su gestión pública como titular de un cargo representativo, y la intención de la crítica política en cuanto formadora de la opinión pública, así como también la inexistencia o la existencia de *animus injuriandi*...."

En coincidencia con lo anterior el mismo tribunal, en fecha 12 de noviembre de 1990, ha dicho: "Cada información periodística constituye un acto individual de ejercicio del derecho de libertad de información que debe ser objeto del tratamiento jurídico que le corresponda, de acuerdo con las expresiones, afirmaciones o valoraciones que en la misma se contengan y el grado de cumplimiento de las reglas de veracidad e interés general que lo rigen", lo cual conduce a resolver cada caso con total independencia y con sujeción a la singularidad que caracterice a cada una de las informaciones publicadas.

En reiteradas oportunidades el Tribunal Constitucional español ha señalado que "... resulta decisivo, en cada caso –concreto, atender al contenido de

[67] resulta injustificible que los medios masivos de comunicación recorten la información de hechos y noticias con un criterio que responda sus propios intereses. Para ello los medios de prensa cuentan con las notas editoriales en las cuales pueden volcar opiniones. La opinión como tal se encuentra a medio camino entre la certeza y la duda absoluta.

[68] Respecto de la jurisprudencia de los EE.UU. es más conocida y ha sido inclusive objeto de análisis por la CSJN. Sobre la jurisprudencia de los EE.UU., ver Muñoz Machado, Santiago, *Libertad*... cit., pp. 88 y ss.; Salvador Coderch, Pablo (dir.), y otros, *El mercado*..., cit., pp. 253 y ss.; Belluscio, Augusto C., "Daños causados", en Trigo Represas, Félix A. y Stiglitz, Rubén S. (dirs.), *Derecho*... cit., pp. 371 y siguientes.

[69] En España la doctrina y la jurisprudencia, interpretando expresas normas constitucionales, tiene bien en claro la diferencia entre el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones por un lado, y por otro el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz. Ver al respecto Casas Valles, Ramón, "Sobre la libertad de información y sus límites", *Revista Jurídica de Catalunya*, 1988, N° 3, pp. 173 y siguientes.

Artículo: Responsabilidad civil por lesión a los derechos de la personalidad
Revista: Nº198, año LXIII (Jul-Dic, 1995)
Autor: Roberto A. Vásquez Ferreyra

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

la información a fin de establecer si reúne o no las condiciones de licitud constitucional que le son exigibles para que el derecho merezca la protección privilegiada que le corresponde"[70]. Es decir que hay que determinar hasta qué punto determinadas expresiones pueden ser consideradas hechas en ejercicio de un derecho fundamental reconocido y protegido por la Constitución, o, por el contrario, se extralimitan del ámbito constitucionalmente protegido, entrando en consecuencia en el terreno del ejercicio abusivo de los derechos[71].

Un caso interesante fue fallado por la audiencia territorial de Albacete en fecha 20 de mayo de 1987. Se trataba de lo siguiente. En un periódico de la localidad se publicaba una carta remitida por el menor Andrés, de diez años de edad, al presidente de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. En esa carta, el menor acusaba al alcalde de su pueblo don Antonio, de *ordenar caprichosamente* a su padre –alguacil operario de ese mismo ayuntamiento–, que limpiara unos pinos situados en una zona donde existían peligrosos precipicios, trabajo que a juicio del menor ponía en grave peligro la vida de su padre, al que calificaba de alguacil maltratado. El alcalde estimó que en dicha carta se vertían afirmaciones inexactas que lesionaban gravemente su derecho al honor y en consecuencia demandó al menor y a su padre. En el considerando cuarto de la sentencia se analiza la responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos menores de edad, sentándose un principio de responsabilidad cuasi objetiva en cabeza de los progenitores, todo ello en virtud del art. 1903 del Cód. Civ. español, semejante a la solución del Código Civil argentino. Establecido ello, el tribunal dijo que "...resulta lógico, y a nadie sorprende, que se deban indemnizar los daños que un hijo menor de edad puede causar cuando arroja un objeto a la calle desde su domicilio, del mismo modo debe de pechar con las responsabilidades resultantes cuando una acción del menor afecta a un bien de carácter inmaterial como sucede en el caso que nos ocupa". En definitiva, el tribunal consideró que se había lesionado el honor del funcionario y en consecuencia hizo lugar a la demanda[72].

Resulta sumamente interesante una sentencia ya citada del Tribunal Constitucional del 12 de noviembre de 1990, en la cual se trata nuevamente el

[70] Tribunal Constitucional, Sala 2, 12/11/90.

[71] Tribunal Constitucional, 6/6/90.

[72] La sentencia se publicó en *Revista Jurídica de Castilla*, La Mancha ,diciembre 1987. N°2, p. 225, con nota de Silvia Díaz Alabart. En el comentario al fallo leemos: "Aun para alguien no perito en derecho, está claro que si un menor de edad causa lesiones a otras personas, o estropea cosas ajenas, sus padres o tutores responderán civilmente por los perjuicios causados, salvo que puedan probar que cumplieron con toda diligencia en sus deberes de educación y vigilancia del menor. Se trata de algo que se da con bastante frecuencia. En cambio quizás es más difícil para la opinión pública entender que es exactamente lo mismo lo que ocurre cuando el daño que se causó por el menor es inmaterial". Por nuestra parte pensamos que es cierto que los padres deben responder tanto por los perjuicios patrimoniales como morales que sus hijos menores de edad ocasionen a terceros. En el caso concreto la solución dada por el tribunal parece más criticable si se tiene en cuenta la entidad del daño. En una primera impresión no parece lo mismo el ataque al honor proveniente de un pequeño de diez años que cuando proviene de una persona mayor, aun cuando ambos tengan discernimiento para los hechos ilícitos.

Artículo: Responsabilidad civil por lesión a los derechos de la personalidad
Revista: Nº198, año LXIII (Jul-Dic, 1995)
Autor: Roberto A. Vásquez Ferreyra

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

conflicto entre derecho a la información y derecho al honor. En esta sentencia se vuelcan consideraciones, a nuestro juicio correctas, respecto de temas tales como la distinta naturaleza del mensaje transmitido, la calidad de los personajes involucrados, la verdad o falsedad de la noticia, etc.[73]. Entre los considerandos que a nuestro criterio resultan de mayor importancia se lee: "El criterio legitimador del derecho de información, que se deriva de su valor preferente, requiere, por consiguiente, no sólo que la información sea veraz, sino que la información tenga relevancia pública, lo cual conlleva que la información veraz que carece de ella no prevalece frente al derecho al honor... El criterio de utilizar en la comprobación de esa relevancia pública o privada de la información varía, según sea la condición pública o privada del implicado en el hecho objeto de la información o el grado de proyección pública que éste haya dado, de manera regular, a su propia persona (...) la veracidad no actúa de manera uniforme en toda clase de supuestos, puesto que su operatividad excluyente de la anti juridicidad de las intromisiones en el honor e intimidad de las personas es muy distinta, según se trate de hechos u opiniones o la intromisión afecte al derecho al honor o al derecho a la intimidad (...) la regla de la veracidad no exige que los hechos o expresiones contenidos en la información sean rigurosamente verdaderos, sino que impone un específico deber de diligencia en la comprobación razonable de su veracidad en el sentido de que la información rectamente obtenida y difundida es digna de protección, aunque su total exactitud sea controvertible o se incurra en errores circunstanciales que no afecten la esencia de lo informado, debiéndose negar la garantía constitucional a quienes, defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, actúan con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado, comportándose de manera negligente e irresponsable al transmitir como hechos verdaderos simples rumores carentes de toda constatación o meras invenciones o insinuaciones insidiosas... Entendido así el requisito de la veracidad, es de especial importancia distinguir entre pensamientos, ideas, opiniones y juicios de valor, de un lado, y hechos, del otro, puesto que tal distinción delimita teóricamente el respectivo contenido de los derechos de libre expresión y de información, siendo propio de este último la recepción y comunicación de hechos..."[74].

En otro fallo muy reciente, esta vez del Tribunal Supremo español, de fecha 4 de julio de 1991, en el considerando segundo se expone: "...esta Sala tiene declarado que la libertad de expresión no puede justificar la atribución gratuita a persona identificada por sus nombres y apellidos de hechos que inexcusablemente la hagan desmerecer del público aprecio y sean reprobables a todas lu-

[73] En el caso concreto se trataba de lo siguiente: Los periódicos *El País* y *Diario 16* publicaron información sobre un accidente aéreo ocurrido en Bilbao en el año 1985, que ocasionó la muerte de 148 personas, entre ellas la del comandante del vuelo. Esas informaciones culpaban al comandante fallecido por la tragedia ocurrida, lo que motivó la interposición de dos demandas por parte de los hijos del piloto fallecido. Un análisis de esta sentencia lo realiza O'Callaghan, Xavier, *Libertad...*, cit., pp. 22 y siguientes.

[74] El texto íntegro se puede ver en *Actualidad Civil*. Madrid, 13 1/91, N° 2, semana 7, p. 42 (Tribunal Constitucional, N°172/90).

Artículo: Responsabilidad civil por lesión a los derechos de la personalidad
Revista: Nº198, año LXIII (Jul-Dic, 1995)
Autor: Roberto A. Vásquez Ferreyra

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

ces, cualesquiera que sean los usos sociales del momento, no cabe otra conclusión que la sostenida por la resolución recurrida de que la aludida atribución a los demandantes de la condición de etarras comporta una intromisión grave en su honor".

Para finalizar con la jurisprudencia extranjera, y en apoyo a la tesis que expusiéramos según la cual resulta necesario analizar la naturaleza del mensaje que lesiona el derecho al honor, recordamos el caso "Lingens", fallado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en fecha 8 de julio de 1986. En dicha oportunidad el Tribunal Europeo, luego de señalar la importancia del derecho a la información, dice que se debe distinguir entre hechos y juicios de valor; los primeros son susceptibles de prueba pero los segundos no se prestan a una demostración de exactittid. Los juicios de valor carecen de valor de verdad. "El mejor test para la comprobación de la verdad o falsedad de una opinión es su competencia con otras en el *mercado de las ideas*"[75].

7. *UN CASO PARTICULAR DEL DERECHO AL HONOR: EL HONOR PROFESIONAL FRENTE A DEMANDAS JUDICIALES ABUSIVAS*

El profesor peruano Fernández Sessarego, en su brillante estudio del derecho a la identidad personal, editado en la Argentina expone: "...es imposible equiparar la tutela de un interés patrimonial, como la propiedad de un predio o la de un reloj, con la protección de la libertad, la intimidad, la identidad o el honor de la persona... No es cualitativamente lo mismo, sin duda, dañar un bien del mundo exterior, como un automóvil, que lesionar la honra y la reputación de la persona"[76].

Esto –sumado a algunos datos aportados por la realidad– nos ha llevado a meditar sobre lo siguiente. Cuando una persona a raíz de un accidente automovilístico es demandada, no cabe duda de que mientras dura el juicio estará sujeta a muchas inseguridades, principalmente estará preocupada por la eventualidad de una sentencia condenatoria. Suponiendo que el reclamo indemnizatorio sea totalmente infundado, el demandado sufrirá aún más pensando que ha sido sometido a una controversia judicial sin fundamento alguno. Pero en definitiva, lo que está en juego es una cuestión puramente patrimonial. Es cierto que mientras dure el juicio esta persona sentirá molestias e inseguridades, pero ellas son fruto del precio de vivir en un estado de derecho. Todos sabemos que en cualquier momento podemos ser sometidos a un proceso civil o penal, siendo en definitiva los tribunales quienes decidirán sobre la sinrazón del reclamo, pero ése es el precio de vivir en sociedad. Se trata de un riesgo al que todos estamos expuestos. En el peor de los casos, en el ejemplo del accidente automovilístico, lo

[75] Salvador Coderch, Pablo (dir.). y otros, *El mercado*.... cit. Aunque es justo advertir que se percibe cierta reacción o cambio en el enfoque, sobre todo frente a las nuevas modalidades de explotación de los medios masivos de comunicación. Al respecto ver el fallo de la CSJN, 7/7/92. "Ekmekdjian, Miguel c/Sofovich, Gerardo y otros", *JA*, 29/7/92. cons. N° 9.

[76] Fernández Sessarego, Carlos, *Derecho*..., cit., pp. 251 a 255.

Artículo: Responsabilidad civil por lesión a los derechos de la personalidad
Revista: Nº198, año LXIII (Jul-Dic, 1995)
Autor: Roberto A. Vásquez Ferreyra

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

único que está en juego es nuestra habilidad como conductor, lo que en definitiva no afecta nuestro honor como personas.

Pero pensemos ahora en una demanda sobre mal desempeño profesional, lo que comúnmente se denomina mala praxis. El caso típico sería una demanda contra un médico o un abogado por haber atendido negligentemente a su paciente o cliente

En estos casos, lo que está en juego es algo mucho más sagrado que la simple habilidad para conducir un automóvil, la cuestión va mucho más allá de lo meramente patrimonial. Aquí lo que está en juego es ni más ni menos que el honor profesional. Por supuesto que todo paciente o cliente tiene derecho de demandar a su médico o abogado si considera que ha sido atendido negligentemente y como consecuencia de ello ha sufrido un daño. Y no cabe duda que al igual que en el caso del accidente automovilístico, el profesional se deberá someter al imperio del tribunal y esperar la decisión del Poder Judicial. Pero en el caso de las demandas que analizamos, mientras dure el juicio, la situación por la que pasará el profesional demandado sin duda alguna será mucho más angustiante, pues aquí lo que está en juego es su honor profesional, y ni hablar de las repercusiones que toda demanda de esta naturaleza tiene apenas es conocida o difundida.

En estos casos, la demanda interpuesta por el paciente o cliente puede prosperar, como también puede ser rechazada, y en términos generales, todo termina allí, pues en un estado de derecho toda persona está facultada a recurrir a tribunales en defensa de lo que cree, son sus derechos. De ahí que el perjuicio sufrido por el profesional demandado que se ha visto sometido a un proceso judicial, queda purgado por la sentencia que rechaza la demanda o absuelve al profesional. En todo caso será la distribución de costas el remedio final que deberá soportar quien haya iniciado sin razón una demanda de esta naturaleza[77].

Pero pensemos en un caso en el cual se pueda hablar de ejercicio abusivo del derecho a demandar, o en el cual la demanda haya sido interpuesta en forma manifiestamente negligente. En una oportunidad conocimos un caso en el cual se demandaba a un médico a quien se imputaba no haber realizado una operación a un disco de la columna vertebral pese a que así se lo había dicho al paciente y figuraba en la historia clínica. Con el tiempo, y al consultar a otro profesional, el paciente fue informado de que había que volver a realizar la operación pues el disco nunca había sido intervenido. Previo a la segunda operación se realizaron medidas de aseguramiento de prueba y *a posteriori* se interpuso demanda contra el primero de los médicos, a quien concretamente se imputaba no haber realizado la operación de manera correcta. Lo cierto es que de la simple lectura de las historias clínicas surgía con claridad que se trataba de

[77] Trigo Represas, Félix A., ***Responsabilidad civil del abogado***, Hammurabi, Buenos Aires, 1991, pp. 196 y 197, dice que en el campo procesal existe, desde siempre "...una responsabilidad ordinaria o común por el simple vencimiento en el juicio, consistente en que el perdedor es por lo general condenado a pagar las costas del mismo, o si se prefiere todos los gastos de la contraria".

Artículo: Responsabilidad civil por lesión a los derechos de la personalidad
Revista: Nº198, año LXIII (Jul-Dic, 1995)
Autor: Roberto A. Vásquez Ferreyra

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

dos discos distintos. Es decir que el primer médico había curado un disco y éste había quedado perfectamente bien. Con el tiempo el paciente tuvo problemas con otro disco de la columna y tuvo que ser nuevamente intervenido, pero se trataba de un disco totalmente distinto. Lo cierto es que el primer profesional tuvo que verse envuelto en una demanda por daños y perjuicios totalmente infundada. Aquí lo que estaba en juego era el buen desempeño profesional, lo que equivale al honor profesional. A nadie escapa lo que significa un juicio de esta naturaleza y más cuando resulta tan infundado[78].

En casos como el relatado, pensamos que ha existido un ejercicio abusivo del derecho a demandar, el que ha sido realizado culposamente, dando lugar por ende a la reparación del perjuicio ocasionado. En supuestos de esta naturaleza, creemos que la sentencia absolutoria o que rechaza la demanda, resulta insuficiente desde el punto de vista del demandado –víctima que ha visto lesionado su honor profesional. El profesional ha sufrido un grave daño en uno de sus derechos más sagrados –el honor profesional. Dicho daño resulta antijurídico y es imputable al autor a título de culpa. Por ende, ningún obstáculo existe al posterior reclamo indemnizatorio que inicie esta vez el profesional contra su cliente o paciente. Tampoco vemos ningún inconveniente para que tal reclamo indemnizatorio sea intentado por la vía de la reconvención.

Que quede claro que no toda demanda de este tipo que sea rechazada da lugar a la indemnización de la que hablamos, sino sólo aquellos casos en los cuales surge claramente la culpa en la promoción de la demanda. Y en cuanto a los responsables, se puede hablar perfectamente de solidaridad entre el actor y su abogado patrocinante, quien debió o pudo conocer lo infundado del reclamo.

[78] La misma situación se puede dar en el caso de un sumario administrativo iniciado sin ningún fundamento. En tal sentido recordamos, por haberla vivido de cerca, una denuncia interpuesta por un alto funcionario del Poder Judicial contra un juez y un secretario en la cual se imputaban *gravísimas faltas*. De inicio se advertía la falsedad de las imputaciones, las que eran fruto de la ignorancia o del error. Por ejemplo, en la acusación se ignoraban normas y principios elementales del proceso judicial o se imputaban actos a determinada persona cuando a simple vista surgía que dicho acto había sido realizado por un tercero. Cabe decir que todas estas cuestiones surgían con claridad antes de la promoción del sumario, siendo cierto que su duración fue prolongada. Cuando el funcionario interviniente -luego de la defensa- en la etapa de alegar retiró los cargos, el perjuicio ya era irremediable, pues la angustia vivida por ese juez y ese secretario que habían sido arbitrariamente cuestionados no podía ser suficientemente reparada con una sentencia absolutoria. En este caso, por tratarse de un sumario administrativo, la cuestión es muy semejante a la que contempla el art. 1089 del Cód. Civ., aunque a nuestro criterio, la actitud culposa del funcionario denunciante -rayana en el dolo- lo hacía responsable civilmente en los términos del art. 1109 del Cód. Civ. Sobre el art. 1089, Cód. Civ., ver Cazeaux, Pedro N., y Trigo Represas, Félix A., *Derecho de las obligaciones*, Platense, La Plata, 1970, t. III, pp. 132 y siguientes.