

00761  
3  
24.



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE  
MEXICO

FACULTAD DE DERECHO  
DIVISION DE ESTUDIOS DE POSGRADO

PROBLEMÁTICA E IMPLICACIONES ACTUALES  
DERIVADAS DEL RECONOCIMIENTO DE LOS  
DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

T E S I S  
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:  
MAESTRA EN DERECHO  
P R E S E N T A  
ANA MARIA ALVAREZ TABIO ALBO

ASESORA DE TESIS: DRA. LEOBA CASTAÑEDA RIVAS

MEXICO, D. F.

1997

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN





Universidad Nacional  
Autónoma de México



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

***La justicia, la verdad, la razón,  
sólo pueden ser la ley suprema de la sociedad...  
El derecho para ser tal y obligatorio,  
debe tener por fundamento la justicia.***

***Ignacio Agramonte***

***Universidad de La Habana. 1862.***

# INDICE

<b>AGRADECIMIENTOS</b>	I
<b>INTRODUCCIÓN</b>	IV
<b>CAPITULO PRIMERO</b>	
<b>GENERALIDADES</b>	1
<b>I.- Persona y personalidad.</b>	1
<b>II.- ¿Qué son los derechos de la personalidad?</b>	10
A.- Concepto.	11
B.- Caracteres de los derechos de la personalidad.	12
C.- Diferencias con otros conceptos afines.	15
1.- Derechos humanos.	16
2.- Derechos fundamentales.	18
3.- Libertades públicas.	20
4.- Derechos de la personalidad.	20
<b>III.- Antecedentes históricos de los derechos de la personalidad.</b>	21
<b>IV.- Naturaleza jurídica de los derechos de la personalidad.</b>	25
A.- ¿Son parte del patrimonio?	25
1.- Valores morales y valores materiales.	29
2.- Breve reseña de las fundamentales teorías elaboradas sobre el patrimonio.	33
3.- Patrimonio moral.	37
B.- ¿Son derechos subjetivos?	43
1.- Tipos y contenido de los derechos subjetivos.	50
<b>V.- Clasificación de los derechos de la personalidad.</b>	52
<b>CAPITULO SEGUNDO</b>	
<b>CONTENIDO DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD</b>	57
<b>I.- Aquellos que atañen a la naturaleza interna y psíquica de la persona.</b>	58
A.- Derecho al honor.	58
1.- Evolución histórica.	58

2.-	Concepto.	59
2.1.-	Elementos del concepto del derecho al honor.	64
3.-	Legislación comparada.	65
4.-	El honor y las personas jurídicas.	66
B.-	Derecho a la intimidad personal y familiar.	69
1.-	Evolución histórica.	69
2.-	Concepto.	73
3.-	La protección de la intimidad frente a la recogida y tratamiento de datos de carácter personal por medios informáticos.	79
4.-	Analogías y diferencias entre el derecho a la intimidad y el derecho al honor.	81
5.-	Legislación comparada.	83
C.-	Derecho a la imagen.	86
1.-	Evolución histórica.	86
2.-	Concepto.	87
3.-	Analogías y diferencias del derecho a la propia imagen con los derechos al honor y a la intimidad.	91
4.-	Legislación comparada.	92
D.-	Derecho al nombre.	93
1.-	Breve reseña histórica.	94
2.-	Concepto.	95
3.-	Naturaleza jurídica del nombre.	97
4.-	Caracteres del nombre.	99
5.-	Legislación comparada.	102
E.-	Derecho a la identidad personal.	103
1.-	Breve repaso histórico.	104
2.-	Contenido del derecho a la identidad personal.	106
3.-	Distinción entre el derecho a la identidad personal y otras figuras afines.	111
3.1.-	El derecho a la identidad personal y los signos distintivos de la persona.	111
3.2.-	El derecho a la identidad personal y el derecho a la intimidad.	113
3.3.-	La identidad personal y el derecho al honor.	114
4.-	Legislación comparada.	115
<b>II.-</b>	<b>Aquellos que atienden al ámbito externo y físico del individuo.</b>	<b>116</b>
A.-	Derecho a la vida.	116
1.-	Contenido.	116
2.-	El derecho a la vida en los acuerdos internacionales y la legislación comparada.	121
B.-	Derecho a la libertad.	123
1.-	Concepto.	123
2.-	Diversas manifestaciones de la libertad.	125
2.1.-	Libertad personal.	126
2.2.-	Libertad de pensamiento, religión o culto.	128
2.3.-	Libertad de expresión, de creación literaria, artística y científica.	129
2.4.-	Libertad o derecho a la información.	129

2.5.- Libertad de enseñanza y libertad de cátedra.	129
2.6.- Libertad sexual.	130
3.- Legislación comparada.	132
C.- Derecho a la integridad física.	133
1.- Contenido.	133
D.- Derechos sobre el cuerpo.	135
1.- Derechos sobre su propio cuerpo vivo.	135
2.- Derechos sobre su propio cadáver.	139

<b>III.- Tratamiento de los derechos de la personalidad en el Derecho mexicano.</b>	140
A.- Derecho al honor.	142
B.- Derecho a la intimidad.	146
C.- Derecho a la imagen.	147
D.- Derecho al nombre.	148
E.- Derecho a la vida.	149
F.- Derecho a la libertad.	151
G.- Derecho a la integridad física.	153
H.- Derechos sobre el propio cuerpo vivo o muerto.	153
1.- Derechos sobre el cuerpo vivo.	154
2.- Derechos sobre el cadáver.	157
I.- Otros derechos de la personalidad reconocidos en la legislación mexicana.	159
1.- Derechos a la presencia estética.	159
2.- Derechos de convivencia.	161
3.- Derechos de afección.	164

## **CAPITULO TERCERO**

### **RESPONSABILIDAD CIVIL ORIGINADA EN EL DAÑO MORAL** 167

<b>I.- La responsabilidad civil por daños.</b>	168
A.- Elementos comunes a toda responsabilidad civil.	168
1.- La acción u omisión.	168
2.- La antijuridicidad.	169
3.- La culpa.	171
4.- La producción de un daño.	173
5.- La relación causal entre la acción u omisión y el daño.	175
B.- Tipos de responsabilidad civil.	177
<b>II.- El daño.</b>	182
A.- Concepto.	182
B.- Tipos y clases de daño.	184
<b>III.- El daño moral.</b>	188
A.- Breve reseña histórica.	188

B.- Concepto.	191
1.- Concepciones doctrinales de corte negativo.	191
2.- Concepciones doctrinales de corte positivo.	193
2.1.- Criterios clasificatorios.	193
2.2.- Naturaleza de los efectos o consecuencias de la acción antijurídica.	195
3.- Concepto final.	196
4.- Legislación comparada.	201
<b>IV.- Resarcimiento del daño moral.</b>	<b>203</b>
A.- ¿Puede resarcirse el daño moral?	203
1.- Medidas que pueden adoptarse.	208
B.- Criterios para la valoración del daño moral.	209
<b>V.- Tratamiento del daño moral en la legislación mexicana.</b>	<b>215</b>

## **CAPITULO CUARTO**

### **PROBLEMÁTICA E IMPLICACIONES ACTUALES DERIVADAS DEL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD**

<b>I.- El derecho a la información y la libertad de expresión.</b>	
<b>Sus límites.</b>	223
A.- El derecho a la información.	225
1.- Evolución histórica.	225
2.- Concepto.	228
B.- Libertad de expresión.	230
1.- Breve reseña histórica.	230
2.- Concepto.	231
3.- Diferencia entre ambas figuras.	233
C.- Los derechos al honor, la intimidad, la propia imagen y la identidad personal como límites a los derechos a la información y a la libertad de expresión	235
1.- La necesaria ponderación de los derechos en conflicto.	237
2.- Requisitos exigidos a las libertades de información y expresión para que sean estimados como derechos preferentes.	240
2.1.- Trascendencia pública de la información.	240
2.2.- Ausencia de expresiones vejatorias, innecesarias para la función comunicadora.	241
2.3.- La veracidad de la información.	242
3.- El derecho de rectificación.	247
D.- Doctrina legal y legislación comparada.	249

<b>II.- La Eutanasia.</b>	<b>257</b>
A.- Planteamiento del problema.	258
B.- Un poco de historia.	260
C.- Situaciones que provocan mayor discrepancia doctrinal.	262
D.- Temas en conflicto.	266
E.- Doctrina y legislación comparada.	269
<b>III.- El aborto.</b>	<b>276</b>
A.- Un poco de historia.	278
B.- Planteamiento de problema.	280
C.- Dos posiciones encontradas respecto del aborto.	286
1.- El aborto y la religión.	286
2.- El aborto y los movimientos feministas.	288
D.- Análisis jurídico.	289
E.- Argumentos en contra y a favor del aborto.	291
1.- Argumentos en contra.	291
2.- Argumentos a favor.	295
F.- Legislación comparada.	297
<b>IV.- La pena de muerte.</b>	<b>301</b>
A.- Un poco de historia.	301
B.- Planteamiento del problema.	306
C.- Legislación comparada.	314
<b>V.- Implante y donación de órganos.</b>	<b>316</b>
A.- Breve repaso histórico.	317
B.- Planteamiento del problema.	318
1.- Cesión durante la vida.	320
2.- Cesión <i>post mortem</i> .	322
3.- Legislación comparada.	323
<b>VI.- La identidad sexual y el transexualismo.</b>	<b>324</b>
A.- Planteamiento del tema.	325
B.- Doctrina legal y legislación comparada.	332
C.- El SIDA.	334
<b>VII.- El derecho al ambiente.</b>	<b>335</b>
A.- Breves referencias históricas.	336
B.- Concepto.	337
1.- Principios que deben regir el Derecho ambiental.	339
C.- Características del derecho al ambiente.	341
D.- Los derechos de la personalidad y el derecho al ambiente.	342
E.- Legislación comparada.	345

## **CAPITULO QUINTO**

### **LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD EN CUBA**

I.- Planteamiento del tema.	349
II.- La personalidad en la legislación civil cubana.	352
III.- Protección de los derechos de la personalidad en la legislación cubana.	355
A.- Derecho al honor.	356
B.- Derecho a la intimidad personal y familiar.	357
C.- Derecho al nombre.	359
D.- Derecho a la vida.	360
E.- Derecho a la libertad.	362
F.- Derecho a la integridad física.	366

<b>CONCLUSIONES</b>	<b>369</b>
---------------------	------------

<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	<b>374</b>
---------------------	------------

<b>ANEXOS</b>	<b>395</b>
---------------	------------

## AGRADECIMIENTOS

Este trabajo nunca se hubiera realizado sin el concurso de varios factores que no puedo dejar de mencionar.

Mi agradecimiento a la Universidad Nacional Autónoma de México y a mis maestros, no sólo por acogerme durante casi ya tres años, sino por haberme mostrado la relevancia decisiva que mi propio esfuerzo tiene si se quiere llegar a desentrañar todos los secretos que el Derecho nos reserva a quienes realmente amamos esta carrera y profesión

A mi tutora, la Dra. Leoba Castañeda Rivas, por sus críticas, sus consejos, su paciencia y sus halagos para con mi trabajo. Esta es la perfecta combinación para no descorazonarse cuando uno se pregunta si realmente valdrá la pena.

A Elia, mi hermana mexicana, por su incondicional amistad y entrega. Sin su apoyo material, y sobre todo moral, todo hubiera sido más difícil y no habría disfrutado tanto de esta experiencia.

A mis hermanos Tuini y Piri, no sólo porque los adoro y los necesito cada día más, también por haberme recibido y soportado cuando acudí a España en busca de mayor información para la elaboración de mi trabajo. Sumida en una especie de letargo alucinante, y arrastrada por una fuerza egoísta provocada por el ansia de devorar todos y cada uno de

los libros que encontraba, estuvieran o no relacionado con el tema, apenas disfruté de sus compañías, y lo peor, los privé de la oportunidad de aprovechar en toda su intensidad este breve reencuentro familiar.

A mis pequeños sobrinos Pedro y Rita, quienes supieron perdonar, como adultos, la “confiscación” temporal que de su máquina computadora hice, y la invasión de sus territorios, y lograron que por momentos levantara la vista de las montañas de libros y revistas que me rodeaban, con sus bromas, sus juegos, sus inteligentes conversaciones, sus abrazos y su amor.

A mi madre por su valor, demostrado con creces en todo momento y ante las más difíciles circunstancias y a quien debo en gran medida la exigencia que me impongo para luchar porque las cosas, las más mínimas, sean hechas siempre con dedicación y buscando se acerquen en lo posible a la perfección. Nunca la voy a igualar, pero lo intento.

A mi padre, quien ni siquiera imagina la enorme influencia que sus actos, su actitud durante toda su vida, su lealtad, su disciplina y su entrega para enfrentar todo lo que se propone, han ejercido en mi formación. Él no lo sabe, pero todo empezó un día después de mi nacimiento, allá lejos, cuando de entre las cenizas en que lo querían sepultar, renació —como el Ave Fénix— y mostró a todos, y a sí mismo, la excelente madera de la que está hecho.

A mi familia, a mis verdaderos amigos, y —por qué no— a mis enemigos.

Pero este trabajo es, sobre todo, la obra de dos personas.

Mi abuela Rita Longa, para quien no hay obstáculos insalvables; para quien la vida útil, digna, fructífera y creadora es el mayor de los dones por el que todo ser humano debe luchar y debe agradecer; para quien no entiende el significado de palabras como “descanso”, “concesión”, “desmayo”, “retiro”, y si puede darnos cátedra sobre el contenido de términos como “tesón”, “perseverancia”, “constancia”, “entereza”; para quien lleva la vida por un sendero impregnado de vibras positivas y, contrario a lo que puedan pensar quienes dicen conocerla, con un sentido del humor envidiable.

Y mi abuelo Fernando Álvarez Tabío, responsable de lo que soy hoy, pero sobre todo, de lo que pretendo ser mañana. En momentos de desencanto y flaqueza su recuerdo me vuelve a llenar de esperanzas, me devuelve la fe, y me muestra el camino lleno de accidentes, pero recto, limpio, intenso e iluminado que nunca debo abandonar en esta difícil profesión de Juez que elegí para, como él, entregarme a ella por entero.

## INTRODUCCIÓN

De mis elementales estudios de filosofía en la Universidad de La Habana, pocas clases recuerdo tan nítidamente como la dedicada a Schopenhauer, sobre todo cuando nos refería el maestro una de sus frases: "Lo que diferencia la suerte de los mortales puede reducirse a tres condiciones fundamentales: lo que uno es, lo que uno tiene, lo que uno representa."

Esto significa que los intereses humanos giran en torno a las esferas del ser, del tener y del representar. Históricamente el Derecho ha atendido, de modo casi exclusivo, a la esfera del tener; pero con el crecimiento y aumento cada vez más alarmantes en nuestros días de las agresiones a los otros, la sensibilidad por todos los temas relacionados con el hombre, y lo que éste es ante sí y ante los demás, los legisladores tienden a tratar más pormenorizadamente estos conflictos, regulando la protección de la persona y de la personalidad.

Así cumple el Derecho no sólo su función pacificadora de la comunidad, sino también contribuye al desarrollo de la personalidad de cada uno de los miembros de ésta.

Este trabajo pretende servir de material para una profunda meditación sobre la rica gama de problemas y cuestiones comprendidas en la expresión de «derechos de la personalidad» y las derivaciones de su cumplimiento.

Las presentes líneas resultan más de *lex ferenda*; reflejan, sobre todo, las continuas tensiones —dialécticas, por supuesto— entre el Derecho que es y el que a mi juicio puede y debe materialmente ser.

Preguntarse por el tema de los derechos de la personalidad es, en rigor, preguntarse qué intereses relativos a la esfera del ser y del representar —a la esfera de la personalidad— debemos sustancialmente reputar merecedores de una específica protección jurídica, y la respuesta no puede ser otra. Habrá que proteger aquellos intereses cuya violación o frustración, fácil o frecuente, produzca más conflictos sociales y aquellos que se hallen más estrechamente vinculados a la realización personal.

Las leyes son un fiel reflejo de la vida social en la que nacen, de sus valores y de sus principios. La sociedad moderna transita por la crisis de algunos valores que tradicionalmente parecían inexpugnables. Los derechos de la personalidad son objeto de continuas revisiones y manipulaciones con el fin de adaptarlas al medio social en el cual se reconocen y ejercitan.

Es conocida la limitada capacidad del Derecho como factor del cambio, pero existe al menos en alguna medida, y debe intentar orientar la dirección de esos cambios. Todos los problemas de política legislativa son complicados de resolver, pero en modo alguno resultan irresolubles si se abordan con el rigor y el respeto necesarios.

El derecho de las personas, es la primera y fundamental de las partes que conforman el Derecho civil. Esta disciplina ha tenido históricamente su contenido muy definido, y ha sufrido pocas transformaciones, teniéndosele por muchos como algo estático.

Contrario a ello, el Derecho civil se ha visto sometido a constantes cambios, resultado, entre muchos otros factores, del avance tecnológico, de la movilización de la propia sociedad, la aparición de nuevas y múltiples concepciones del papel del individuo en el ámbito social. Particularmente, pocas disciplinas han evolucionado tanto como el derecho de las personas, y además de los temas ya tradicionales que se estudian, como los conceptos de persona y sus atributos, personalidad, capacidad, etcétera, ya empieza a entenderse la importancia del estudio, y regulación de algo tan esencial al hombre mismo como son los derechos en que se manifiesta su personalidad.

El conocimiento de los derechos de la personalidad del hombre, como principal destinatario y creador del Derecho, no es un tema novedoso jurídicamente hablando. Ya desde principios del presente siglo se comienzan a reconocer algunos de ellos, aunque de forma aislada, pero su tratamiento siempre estuvo centrado en las ramas del Derecho público, sea como su reconocimiento en la esfera de los derechos fundamentales del hombre en los textos constitucionales, o en su protección penal ante la violación de los mismos. Pero se carece todavía de una adecuada regulación en el campo del Derecho civil, rama a la que realmente pertenecen. Dar este paso implica desprenderse de la concepción patrimonialista que históricamente se ha dado al Derecho civil, e incluir cuestiones tan elementales y esenciales como el honor, la dignidad e integridad personal, la imagen, la vida, la libertad, y muchos otros derechos que integran la riqueza moral del individuo, tan o más importante que su riqueza material.

El primer paso es reconocer la existencia de estos derechos de la personalidad. El segundo paso, es lograr en la esfera civil su exhaustiva regulación para hacer posible el ejercicio de los mismos por todas las personas y su correspondiente protección. Y en tercer lugar, conocer qué implicaciones se derivan actualmente del reconocimiento de estos derechos para poder resolver jurídica y socialmente, problemas tan candentes como el aborto, la eutanasia, el trasplante y donación de órganos, el medio ambiente, los derechos a la información y la libertad de expresión y su pugna con algunos de los derechos de la personalidad, y muchas otras cuestiones que se desprenden de la existencia de los derechos subjetivos de la personalidad. Contando con la herramienta básica, y los principios tradicionales del Derecho civil, cubiertos como siempre bajo el manto de la Justicia, podrán los juristas encontrar las respuestas que la sociedad exige de nosotros ante la presencia de estos conflictos.

Cada país, atendiendo a sus propias condiciones, reconocerá uno u otro derecho de la personalidad, y así el catálogo de los mismos variará de acuerdo a las diversas realidades. La protección de estos derechos, eso sí, deberá siempre cubrir las expectativas más

esenciales y legítimas que el hombre necesita para ser respetado tomando en cuenta las limitaciones que entrañan la vida en sociedad y las exigencias de los intereses colectivos.

La elaboración de una tesis sobre el tema de los derechos de la personalidad ha hecho surgir diversas interrogantes que encontrarán su respuesta en el desarrollo del trabajo. Qué son estos derechos, cuál su verdadera naturaleza jurídica, qué relación tienen con figuras jurídicas afines, cuáles las características y el alcance de cada uno de ellos, cuál ha sido su manifestación en las distintas épocas, cuál es la fundamentación de los mismos en la actualidad, cuál es la realidad y efectividad actual de estos derechos, si existen perspectivas o esperanzas de superación de la crisis que atraviesan en muchos países los derechos de la personalidad, qué reformas legislativas son necesarias y aconsejables.

Para la solución a todas estas interrogantes se ha planteado la consecución de algunos objetivos en la tesis. El reconocimiento definitivo de la existencia de una riqueza moral, independiente del ámbito pecuniario, y cuya reclamación alcance su propia autonomía, constituye la premisa para pasar a demostrar la necesidad de la sistematicidad en el tratamiento legislativo, como derechos subjetivos propios de la disciplina civil, de los derechos de la personalidad, y que no se limite su regulación a otras ramas de derecho público, como el Constitucional y el Penal.

Otro de los objetivos de esta tesis es evitar las largas, engorrosas y poco prácticas clasificaciones y esquematizaciones inmutables de los derechos de la personalidad, ya que todos conforman una unidad, sean de la naturaleza que sean y aparecerán tantos como los requerimientos de la vida síquica y física de los seres humanos exijan. Y sobre todo, el objetivo primordial de esta tesis es convencer de la necesidad de que tanto en México, como en mi país, Cuba, sean reguladas tan importantes instituciones, en un momento en que se protegen cada vez más los derechos innatos de la esencia humana.

El estudio de esta materia planteará varios problemas. Sólo a un primer golpe de vista llama la atención por qué existe un tratamiento tan diferenciado y no homogéneo sobre

los derechos de la personalidad en las distintas legislaciones. Y ello sin dudas se debe a las condiciones de cada país y sobre todo a su desarrollo cultural, social y tecnológico. También surge la problemática de si es posible la indemnización en el ámbito civil ante el daño causado por la transgresión de alguno de los derechos de la personalidad, y qué criterios o parámetros debe manejar el juzgador para la determinación de la misma. La esencia de este trabajo radica en dos elementos fundamentales: el primero será la demostración de que con una adecuada regulación de los derechos de la personalidad, puede lograrse un efectivo respeto de los mismos y ante una violación de ellos, una adecuada y certera exigencia de responsabilidad civil; y el segundo se referirá al impacto que produce actualmente en las sociedades, el reconocimiento de estos derechos y sus implicaciones fundamentales.

A estos efectos y objetivos señalados están dedicados los diversos capítulos en los que se ha dividido el trabajo de investigación. El primero de ellos tratará de brindar todo el instrumental teórico necesario, los conceptos que serán manejados a lo largo del trabajo, las distinciones que es menester señalar entre los diversos conceptos empleados y el sentido en que serán entendidos los mismos. Como elemento esencial de esta primera parte, será analizada la naturaleza jurídica de la institución que funge como centro de gravitación del tema de investigación y la definición de su indiscutido carácter de derecho subjetivo de medular importancia para el enfoque que se adopte en el estudio de la misma. Asimismo, desde el punto de vista metodológico, dejaremos sentada la clasificación que de los derechos de la personalidad se asumirá, únicamente para facilitar su explicación. Todo ello para lograr la homogeneidad en el entendimiento del material teórico del que se proveerá el trabajo de investigación.

A pesar de que nos encontramos en un nivel de posgrado, no debemos abandonar, por estimar se trata de conocimientos ya estudiados, entendidos o sabidos, algunos conceptos y antecedentes que permitan a nuestro lector, —especialista o no— ubicarse en un marco teórico adecuado de referencia; nunca debe partirse de la nada en el estudio del tema que se elija, porque de la nada, nada surge. Es tendencia en muchas universidades modernas, despreciar los antecedentes históricos, legislativos, sociales y jurídicos del tema

objeto de investigación. Ello nos dota de la cultura jurídica general que todo jurista debe tener, y nos ubica a todos en el contexto y ambiente adecuados para la correcta comprensión del resultado de la investigación. Este primer capítulo también cumplirá esta tarea; señalando cómo ha sido el tratamiento de los derechos de la personalidad en el devenir de las diversas sociedades y regímenes de derecho imperantes hasta el momento actual, si han sido reconocidos siempre, cómo se manifestaron, o qué otras instituciones pueden asimilárseles ante la carencia de una expresa reglamentación de los mismos.

El segundo de los capítulos quizá resulte algo extenso pues estará dedicado al estudio general de cada uno de los derechos de la personalidad más relevantes, o al menos, de los más comúnmente reconocidos en la mayoría de las legislaciones, y de otros de ineludible inclusión si se pretende una avanzada protección de la totalidad de las manifestaciones más esenciales de la personalidad humana. No se trata de detenerse en el análisis exhaustivo de los mismos, pues no es objetivo primordial de este trabajo de investigación los derechos de la personalidad propiamente dichos, sino las implicaciones actuales del reconocimiento de ellos, y el tratamiento para exigir la responsabilidad ante la violación de los mismos. En este capítulo se procurará ubicar en el concepto, alcance, contenido y diferencias entre cada uno de los derechos de la personalidad elegidos como objeto de estudios, y algún tema ya particular que se desprenda de alguno de ellos, y lo que es fundamental, cómo se regula en la legislación comparada y la vigente en México, tratando de abarcar la mayor cantidad de ordenamientos jurídicos estatales.

Para ello y con fines puramente didácticos y metodológicos, se hizo una separación entre los derechos de la personalidad que atienden al aspecto interno y síquico del individuo, y los que atienden a su aspecto externo, físico.

El tercero de los capítulos se dedica a las consecuencias derivadas de la transgresión o violación de alguno de los derechos de la personalidad en el ámbito de la responsabilidad civil, ajena a toda referencia al tratamiento que es sabido ya tienen estos derechos subjetivos en el ámbito de la responsabilidad constitucional y penal. En qué tipo de responsabilidad se

encuentra enmarcada, qué tipo de daño se produce, cómo cuantificarlo, si pueden ser posibles otras sanciones civiles no pecuniarias para reparar el daño causado por el actuar violatorio de un agente contra algún derecho de la personalidad de otra persona, qué criterio debe tomar en cuenta el juzgador para ello, y muchas otras interrogantes se pretenderán despejar una vez terminado este capítulo, cuestión que es tan importante como el propio reconocimiento y respectiva regulación de los derechos objeto de investigación.

En México muy poco se ha escrito sobre este tema. Existe una verdadera carencia de estudios que aborden este tema, tanto desde el ángulo del reconocimiento sustantivo de los derechos de la personalidad, como el de su adecuada protección mediante la exigencia de la responsabilidad derivada de su infracción, pues sin dudas, se trata de una institución que no ha alcanzado un verdadero arraigo en el pueblo y el legislador mexicano, que se manifiesta en su insuficiente regulación.

El cuarto de los capítulos para quien escribe, es el más significativo. Resultan interesantes las implicaciones o tendencias que actualmente se han desprendido en el mundo entero del reconocimiento de los derechos de la personalidad.

La amplia cobertura informativa que nadie hoy puede detener con la invasión de los medios de comunicación masivos en todas las esferas de la vida moderna, y desprendida de la cada vez más creciente necesidad de las personas de expresarse y de interrelacionarse, y de la influencia que ejerce la información sobre la estructura social, cultural, económica y política de un país, las libertades de expresión e información comienzan a jugar un papel esencial en la vida del hombre y de la sociedad, que pretenden prevalecer sobre bienes tan esenciales a aquél, como son su honor, su intimidad y su dignidad. La necesaria ponderación de los intereses en conflicto ante la colisión de derechos de igual rango, encontrarán su justificación en las presentes líneas.

El derecho a la vida que debe ser protegido a toda costa en las sociedades modernas, encuentra su resquebrajamiento en temas de tan candente actualidad y de encendidas polémicas como el aborto, la justificación humanística de la eutanasia, y la legalidad de la

pena de muerte. Los derechos relacionados con la disposición del propio cuerpo vivo o muerto y con la integridad física de la persona, adquieren especial connotación en los invaluable servicios que a la preservación de la salud y de la propia vida prestan actualmente los implantes y donaciones de órganos.

La identidad personal, manifestación de la personalidad de muy reciente reconocimiento como derecho subjetivo, encuentra su más moderno desenlace en las cuestiones relacionadas con el transexualismo y la libertad sexual. Pudiera creerse que se trata todavía de un tema de escasa vigencia e incidencia a nivel social, pero si profundizáramos un mínimo en estas realidades que a veces pretendemos ignorar, nos sorprenderíamos de su creciente e indetenible presencia, a la que el Derecho no puede dar la espalda. Por el contrario, debemos como juristas afrontar decisiones que amparen todas las expectativas derivadas de estas situaciones, y no brindar timidas e intermedias soluciones que no hacen más que agravar su desenvolvimiento.

El último de los capítulos estará dedicado al estudio de la regulación y amparo que reciben los derechos de la personalidad en la legislación cubana. Si México tiene una escasa literatura jurídica sobre el tema y una legislación incompleta e insuficiente al respecto, en Cuba es casi nula. Si el presente trabajo sirve para convencer al menos a una persona de la necesidad de una adecuada regulación de esta materia en el ámbito civil de la legislación cubana atendiendo a las condiciones políticas, económicas, sociales, culturales y tecnológicas imperantes, nos sentiremos plenamente satisfechos y no habrá quedado nuestro esfuerzo en terreno estéril, sino que fructificará para lograr una cada vez más completa protección del hombre en la sociedad cubana, objetivo primordial que alentó en todo momento a la Revolución, y al cual no debe renunciar por encima y a pesar de todas las dificultades que enfrenta en estos tiempos.

# CAPÍTULO PRIMERO

## GENERALIDADES

### I.- Persona y personalidad.

La primera materia en el Derecho civil, es el Derecho de la persona, y la consecuencia lógica de esta afirmación es que el Derecho civil tiene fundamentalmente por objeto la regulación de las instituciones más frecuentes que en torno a la persona existen; la fisonomía de esta rama del Derecho dependerá de la manera de concebir y situar a la persona en el ordenamiento jurídico.

El destinatario de toda norma jurídica es el hombre, que por el hecho de su nacimiento, se convierte en persona y titular de derechos y obligaciones. Desde el momento en que reúne los requisitos exigidos por el derecho positivo para poder ejercer esos derechos y cumplir esas obligaciones, se dice que el hombre tiene personalidad.

Todo ser humano por el simple hecho de serlo es persona para el Derecho, pero esto no fue siempre así a lo largo de la Historia humana, sino que es más bien, un logro de la civilización.

En las antiguas civilizaciones orientales, representadas por sistemas religiosos ancestrales como el hinduismo, o más evolucionados como el budismo o la doctrina ética china de Confucio, se advierte que el ser humano, en lugar de ser valorado como un centro autónomo de pensamiento y voluntad, se considera integrado, como un objeto-miembro, en una especie de organismo superior animado por fuerzas externas, necesarias e inexorables.<sup>1</sup> Para estas culturas lo que más importa es el hombre.

---

<sup>1</sup> Maluquer de Motes, Carlos. *Derecho de la persona y negocio jurídico*. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, España, 1993, p. 22.

En la filosofía griega la noción de personalidad es ajena, centrada como estaba en la naturaleza, de tal forma que esta idea de la *physis*, como aquello que las cosas son, habrá de constituir el hilo conductor de la reflexión griega acerca del hombre y la naturaleza humana. Entendido el hombre como ser natural, su esencia se diluye en el conjunto de la naturaleza y el alma toma también carácter cósmico, carente de un significado personal. A pesar de que la idea de la dignidad humana aparece también en la filosofía de la Grecia clásica, se ve frustrada en cuanto a su extensión igual para todos, a su universalidad, pues había algunos hombres que carecían en absoluto de derechos: los esclavos, quedando reservada toda noción de dignidad y de derechos para los helenos libres, y aun entre ellos, con plenos efectos, para los varones que gozaran de este rango.

Sin embargo, debemos a los griegos los conceptos de individualidad en el sentido de que se reconoce en cada hombre la plasmación concreta de un espíritu universal, lograda gracias al ente material o corpóreo, que tiene una función limitativa, individualizadora; y de sociabilidad como carácter esencial del ser humano, el más definitorio de la especie respecto de su género más próximo.<sup>2</sup>

La voz *persona* tiene su origen en el léxico teatral romano, denotando a los sujetos de la acción escénica y la carátula resonante con la que los actores los representaban. La palabra acabó designando al hombre en general y a constituirse en nombre genérico, con cuyo complemento se formaba la especie humana; el hombre encarna a la persona, pero en el drama —la realidad jurídica— el hombre no aparece, queda oculto bajo la persona, la necesita para desenvolverse.<sup>3</sup>

El Derecho romano no reconocía derechos [subjetivos] en favor de la persona, sino una serie de facultades (*capax, caput, status, capitis deminutio*) de las que al ser titular, se consideraba la capacidad. Era necesario que el hombre gozara del pleno disfrute de su

---

<sup>2</sup> Ibid. p. 24.

<sup>3</sup> Magallón Ibarra, Jorge Mario. *Instituciones de Derecho civil. Atributos de la personalidad*. Tomo II. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. 1987. pp. 2 y 3.

propio albedrío y de ahí que el esclavo no fuera sujeto de relaciones jurídicas, ni la mujer casada, ni los hijos, por estar bajo la potestad del marido o del padre. Sólo el *pater familias* era plenamente capaz de derechos y capaz de obrar. La condición de persona estaba subordinada a unos requisitos referentes a la existencia humana y a los estados de libertad, ciudadanía y de familia.<sup>4</sup>

Con el Derecho germano se inicia un mayor reconocimiento de la persona, si bien el siervo que carece de libertad no contaba en la vida jurídica; sólo el hombre libre era capaz de ser titular de derechos y obligaciones. Pero nunca llegó a confundirse al siervo o esclavo con una cosa por carecer de contenido económico patrimonial.

La invasión de Roma en la Macedonia del siglo II a.C. produjo el funcionamiento cada vez más sincrético de las cuatro fundamentales escuelas atenienses: Academia, Liceo, Jardín y Stoa. Pensadores como Epicuro comienzan a rechazar el valor atribuido a la participación política en cuanto dimensión fundamental de la vida humana, y el alejamiento de la vida pública pasa a convertirse en máxima de moral, que se centra en la intimidad o privacidad del individuo. En esta situación, la escuela estoica proclama el principio de igualdad innata por naturaleza del hombre y el valor de la persona como sujeto del mundo moral. Surge así el hombre como dignidad, pero limitado a los seres que recibían la categoría de *sabios* por saber acomodar su inteligencia y su vida a la razón divina immanente de la naturaleza; podía tratarse igual de un esclavo que de un emperador. Esto significó una nueva recaída en la concepción de persona como entidad propia, valorable desde su misma cualidad subjetiva.<sup>5</sup>

La concepción cristiana ejerció un importante papel en la formación de la noción actual de persona; la dignidad de la persona individual adquirió su máximo relieve y la posición esencial. Al igual que su substrato original teológico que es la religión del Antiguo

---

<sup>4</sup> Crevillén Sánchez, Clemente. *Derechos de la personalidad: honor, intimidad personal y familiar y propia imagen en la jurisprudencia*. Alcobendas, Madrid, España. 1994. p. 35.

<sup>5</sup> *Ibid.* p. 37.

Testamento, se atribuye a Dios el existir humano, y proclama la igualdad de todos los hombres, exaltando lo subjetivo que le atañe por el solo hecho de serlo.

En la Edad Media la negación de derechos a los hombres que no eran libres fue cada vez más restringida. Unido a la emancipación colectiva de los siervos, se incrementa el número de hombres capaces de derechos y obligaciones. La teología medieval llevó a su máximo desarrollo el concepto y la valoración cristiana de la persona en la figura de Santo Tomás. El hecho de que en el siglo XIII en Inglaterra se otorgara la Carta Magna y en Hungría La Bula de Oro, supuso una restricción al poder absoluto de la Corona, y el reconocimiento de la persona sufrió cambios sustanciales.<sup>6</sup>

En la etapa del racionalismo destaca la figura de Descartes (1596-1650), cuya obra gira en torno a la autosuficiencia de la razón como fuente de conocimiento, partiendo de la afirmación del yo como única verdad absoluta, inmune a toda duda, que se refiere a la naturaleza más íntima y propia del hombre; la libertad es la perfección del hombre, cuyo ejercicio consiste en un sometimiento positivo de la voluntad al entendimiento. Estas teorías se habrán de ir filtrando en la concepción jurídica y política, preparándose el ambiente ideológico de la gran revolución con que acabó el siglo XVIII, *summum* contemporáneo de la idea del hombre como individualidad, destinatario y proveedor de todas las normas jurídicas.

La ética y la filosofía jurídica kantiana del siglo XVIII atribuyen al hombre, porque es persona, una dignidad considerándolo como un fin en sí mismo, concepción que influirá decisivamente en el lenguaje de la Iglesia Católica, sobre todo a partir del Concilio Vaticano II, como lo demuestran las sucesivas Encíclicas papales. Su teoría crítica del conocimiento ofrece una dignificación al sujeto como centro de la realidad y creador de la misma. Personalidad es, para Kant, la libertad de un ser racional bajo leyes morales; así los derechos esenciales de la persona corresponden a la prerrogativa de la razón. La ecuación derecho

---

<sup>6</sup> Ibid. pp. 39 y 40.

natural = derecho subjetivo, es levantada sobre la base antropológica de la libertad como componente esencial de la persona.<sup>7</sup>

El socialismo utópico de Proudhon, influido severamente por las ideas iusnaturalistas, respeta el valor ético absoluto del individuo, y concibe la justicia como el respeto espontáneo experimentado y recíprocamente garantizado, de la dignidad humana, y el derecho subjetivo como la facultad de exigir de los demás el respeto a la dignidad de la propia persona. Marx, por su parte, le da el papel de protagonismo en la Historia a las clases sociales, la esencia humana es el conjunto de las relaciones sociales; el hombre es un ser histórico en la actividad práctico-productiva que no puede desprenderse de su carácter esencialmente sociable.<sup>8</sup>

Ya en la actualidad es principio común que todo ser humano es persona para el Derecho sin distinción alguna, limitándose el Derecho a reconocer tal condición no creada por él, sino que le viene dada al hombre en la realidad prejurídica. "La persona es para el jurista un concepto forjado por él, algo artificial aunque necesario, una envoltura o cubierta que enmascara un núcleo estricto que el concepto de persona no quiere revelar."<sup>9</sup>

Es normal entre los civilistas, definir a la persona como el ser humano capaz de derechos y de obligaciones, lo que es lo mismo, el sujeto de una relación jurídica. Pero esto restringe a una concepción formalista que contempla a la persona sólo en su aspecto técnico, asimilándola a la capacidad jurídica o capacidad para ser titular de derechos y obligaciones, con lo cual el punto de partida resulta ser el de que la personalidad es una atribución del ordenamiento jurídico.

Para Lete del Río, sólo después de hechas estas, y muchas otras consideraciones que necesitarían de un Tratado en la materia, cobra sentido y se comprende el concepto de

---

<sup>7</sup> Pacheco Escobedo, Alberto. *La persona en el Derecho civil mexicano*. Panorama Editorial. México, D.F. 1991. pp. 18-20.

<sup>8</sup> Maluquer de Motes, Carlos. Ob.cit. pp. 25 y ss.

<sup>9</sup> Guasp, Jaime. *El individuo y la persona*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. España. 1959. p. 5.

persona enunciado en los siguientes términos: "...persona es todo individuo humano (hombre o mujer) por su propia naturaleza y dignidad, al que el Derecho se limita a reconocer su condición de tal".<sup>10</sup> Reconocimiento —agrega— que ha de efectuarse sin consideración de edad, sexo, raza, religión, profesión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

El rasgo que distingue a la persona es su racionalidad, es decir, la razón no es una propiedad de la persona, sino que la racionalidad es su modo de ser, domina su propio ser por la razón; el ser persona implica el dominio de sí, lo que hace que el hombre sea incomunicable y dueño de su entorno. Este dominio se expresa a través de la libertad, no sólo en su aspecto externo —el libre ir y venir, obrar según su querer— sino en lo más profundo, en la consciencia de sus finalidades. La raíz de la libertad está en el entendimiento y en la voluntad. Es fin en sí misma de modo relativo, toda finalidad está referida a él. El hombre por ser persona, es dueño de sí, pero esta afirmación hay que colocarla en sus justos y precisos límites; su dominio no es absoluto, no es ilimitado. 'El hombre no domina su ser ni en el aparecer —antes de ser, no era, luego no dominaba nada — ni en su muerte.'<sup>11</sup>

Por ello la definición real de la persona ha de contener en su predicado inmediato la referencia al hombre. Así pues, persona es el ser humano, y personalidad es la naturaleza jurídica del hombre, como valor superior fundamental, titular de derechos innatos.

La personalidad es la condición de la persona. Jurídicamente entendida es también la cualidad que distingue al hombre sobre todos los demás seres vivos, y la dimensión que presenta en relación con los demás. La personalidad, manifestación de la esencia humana "...es ante todo, ese valor esencial o dignidad jurídica que tiene el hombre en el Derecho...la cualidad jurídica de ser titular y perteneciente a la comunidad jurídica que

<sup>10</sup> Lete del Río, José Manuel. *Derecho de la persona*. Editorial Tecnos, S.A. Madrid. España. 1986. p. 21.

<sup>11</sup> Herrera Jaramillo, Francisco. *El derecho a la vida y el aborto*. Universidad de Navarra. Colección Jurídica. Pamplona. España. 1984. p.109. Este punto de vista del autor será más ampliamente tratado en el apartado que dedicamos al derecho a la vida propiamente dicho, con el que, en muchos extremos, no coincidimos.

corresponde al hombre (como tal) y que se reconoce o concede (traslativamente) a ciertas organizaciones humanas.”<sup>12</sup>

Los cuatro caracteres jurídicos esenciales de la personalidad humana pudieran resumirse entonces en su dignidad, su subjetividad, su titularidad actual en determinados derechos que le son inherentes (derechos fundamentales y de la personalidad), y su integración en las comunidades jurídicas que su propia coexistencia genera. Las dos notas distintivas intermedias son los elementos característicos propios del Derecho civil de las personas.

“El pensamiento de la dignidad consiste en reconocer que el hombre es un ser que tiene fines propios que cumplir por sí mismo, o, lo que es igual diciéndolo en una expresión negativa, ...el hombre no debe ser un mero medio para fines extraños o ajenos a los suyos propios.”<sup>13</sup>

El nacimiento determina la personalidad que se extingue con la muerte, aunque la personalidad del que muere puede continuar produciendo efectos jurídicos después del irreversible acaecimiento.<sup>14</sup> Así, todo hombre, por el simple hecho de nacer, tiene aptitud para ser sujeto de derecho, es decir, la personalidad únicamente puede reconocerse con la vida, si bien no todo nacimiento determina la personalidad, pues sólo se reputa nacido el feto que cumpla las condiciones que exija cada legislación.<sup>15</sup> Las cosas inanimadas y los animales no pueden ser sujetos, ni activos ni pasivos, de derechos.

---

<sup>12</sup> Castro y Bravo, Federico de. *Derecho civil de España*. Madrid. España. 1952. p. 31.

<sup>13</sup> Recaséns Siches. Luis. *Tratado general de Filosofía del Derecho*. Décima edición. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. 1991. p. 548.

<sup>14</sup> Magallón Ibarra, Jorge Mario. Ob.cit. pp. 9 y 15.

<sup>15</sup> En las legislaciones en que se percibe la influencia del Derecho civil español, los requisitos exigidos para reputar un feto como nacido, y portador, por tanto, de personalidad, es que tenga figura humana y que sea viable, es decir, viva 24 horas enteramente desprendido del seno materno, con lo cual no se quiere decir que hasta ese momento no es persona, sino que debe cumplir esa *conditio iuris*, para ser entonces reconocida la personalidad desde el momento del nacimiento. Otros ordenamiento jurídicos exigen únicamente el nacimiento para el reconocimiento de la personalidad. Otras legislaciones consideran que la misma existe desde la concepción, otras estiman que desde el nacimiento, y otras asumen posiciones eclécticas en el sentido de considerar que el ser humano tiene personalidad desde su nacimiento con retroacción al momento de la concepción para los efectos que le sean favorables.

La extinción de la personalidad, como ya se dijo, se produce con la muerte, que será determinada, según los criterios y avances que la medicina vaya adquiriendo. No corresponde al Derecho civil, establecer los requisitos y el momento de la muerte, sino sus efectos. Hoy día, en virtud de los adelantos de las ciencias médicas, se atiende al funcionamiento del cerebro y del sistema nervioso. Cuando cesan las actividades cerebrales por completo de modo irreversible, las funciones orgánicas quedan fuera de todo control funcional; hay pérdida de conciencia con absoluta incapacidad de respuesta a ninguna clase de estímulos, parada respiratoria, imposibilidad de mantener la circulación dentro de los márgenes normales, pérdida completa del tono muscular y de todos los reflejos craneales con pupilas en dilatación paralítica.

Hasta hace muy poco tiempo la determinación del momento de la muerte se basaba en el paro cardíaco y respiratorio, que actualmente no basta debido a las modernas técnicas de reanimación que permiten superar los colapsos circulatorios agudos. La muerte no es un fenómeno instantáneo de paro de toda la vida orgánica, sino progresivo. El corazón sobrevive a una interrupción de riego sanguíneo hasta más de una hora, el hígado de 20 a 30 minutos, los pulmones un máximo de 30 segundos y el cerebro de 8 a 10 minutos.<sup>16</sup>

La Ley General de Salud de 1 de julio de 1984 en México, en su artículo 317 determina expresamente los signos que harán reputar la muerte de una persona, y textualmente establece que:

“Artículo 317. Para la certificación de la pérdida de la vida deberá comprobarse previamente la existencia de los siguientes signos de muerte:

- I La ausencia completa y permanente de conciencia;
- II La ausencia permanente de respiración espontánea;
- III La falta de percepción y respuesta a los estímulos externos;

<sup>16</sup>Casado González, María. La eutanasia: aspectos éticos y jurídicos. Editorial Reus, S.A. Madrid. España. pp. 12 y ss.

- IV La ausencia de los reflejos de los pares craneales y de los reflejos medulares;
- V La atonía de todos los músculos;
- VI El término de la regulación fisiológica de la temperatura corporal;
- VII El paro cardiaco irreversible, y
- VIII Las demás que establezca el reglamento correspondiente.<sup>17</sup>

La prueba de estos hechos —el nacimiento y la muerte— es de especial trascendencia, y por ello en muchas legislaciones se exige como un requisitos más para el reconocimiento de la personalidad, su inscripción en el Registro Civil que hace fe del hecho, la fecha, la hora y el lugar de su acaecimiento (artículo 337 del Código civil para el Distrito Federal), y los datos complementarios, según se trate del acta de inscripción del nacimiento o de la defunción.<sup>18</sup>

La personalidad es un producto de cada ordenamiento jurídico concreto que regula la vida social no sólo atribuyendo derechos subjetivos, facultades, potestades, deberes y cargas, sino también aportando y acogiendo conceptos que aluden a posiciones dentro de la comunidad social (por ejemplo, la capacidad, la legitimación o el estado civil). En tal sentido personalidad es un presupuesto de los derechos de la personalidad.

Pero persona en el lenguaje jurídico no siempre es sinónimo de individuo humano. La ley crea artificialmente determinados entes, a fin de proteger intereses y fines colectivos, o actividades que sobrepasan el tiempo normal de vida de un ser humano, o en las que deben intervenir pluralidad de sujetos; les concede personalidad, les atribuye derechos y obligaciones que asimila a la de las personas naturales o físicas, denominándolas personas jurídicas, morales o colectivas.

<sup>17</sup> *Ley General de Salud*. Actualizada hasta mayo de 1994. Editorial Sista, S.A. de C.V. México, D.F. 1994. p. 78.

<sup>18</sup> Díez-Picazo y Ponce de León, Luis y Antonio Gullón Ballesteros. *Instituciones de Derecho civil*. Tomo I. Editorial Tecnos, S.A. Madrid. España. 1995. pp. 150 y 217.

## II.- ¿Qué son los derechos de la personalidad?

La persona no es exclusivamente para el Derecho civil el titular de derechos y obligaciones o el sujeto de relaciones jurídicas. Debe ocuparse también de la protección de ella misma, de sus atributos físicos y morales, de su libre desenvolvimiento y desarrollo. Hasta hace muy poco tiempo la protección y el estudio de los derechos de la personalidad estaba limitada y reservada al ámbito del Derecho público constitucional, político y penal, en que ya se reconocía una esfera que el Estado no podía avasallar. Pero hoy se ha extendido hacia el campo del Derecho privado, reconociendo la naturaleza preferentemente civil de su tratamiento.

El tema de los derechos de la personalidad, a pesar de ser un tema clásico del Derecho civil, y más específicamente, del Derecho de personas, ha tenido un escaso tratamiento en las legislaciones de la mayoría de los países, deficiencia suplida en este siglo por la jurisprudencia en aquellos en que se admite como fuente de Derecho. Pero actualmente, con la entrada en vigor de nuevos Códigos civiles, ya van siendo poco a poco incluidos directamente en su regulación los derechos de la personalidad.

Lo propio ocurre con el tratamiento doctrinal del tema que, para sorpresa, y muy a pesar de lo clásico que pueda resultar, es extraordinariamente reciente. El Derecho civil, animado por el principio de personalidad, ignora la existencia de los derechos de la personalidad, o lo que es peor, sus estudiosos lo estiman ajeno a lo civil. Esto pone de relieve la necesidad de una regulación legislativa de los mismos a fin de hacer posible y no conflictivo el ejercicio de los derechos de todas las personas.

Cada ordenamiento jurídico reconoce la figura jurídica llamada personalidad a la vista de una realidad humana y social —prejurídica— a la que el derecho trata de proteger, siendo los derechos de la personalidad necesarios para dar sentido, contenido y operatividad a la personalidad como dato real.

Pero el actual interés de los civilistas por los derechos de la personalidad descansa en dos razones fundamentales: la insuficiencia práctica de las sanciones penales para la satisfactoria protección de estos derechos, y el carácter cada vez más programático y no tan eficaz de las Declaraciones de derechos del hombre.<sup>19</sup>

#### **A.- Concepto.**

Con los llamados derechos de la personalidad se quiere hacer referencia a todo un conjunto de bienes que son tan propios del individuo, que se llegan a confundir con él y que constituyen las manifestaciones de la personalidad del propio sujeto. Son una institución puesta al servicio de la persona para hacer valer su dignidad como tal.

“Los derechos de la personalidad son —como dice Ferrara— los derechos supremos del hombre, aquellos que le garantizan el goce de sus bienes personales. Frente a los derechos a los bienes externos, los derechos de la personalidad nos garantizan el goce de nosotros mismos, asegurando al particular el señorío sobre su persona, la actuación de sus propias fuerzas físicas y espirituales.”<sup>20</sup>

El concepto que de los mismos se articule debe descansar sobre los siguientes pilares:

- Se imponen, como los derechos reales, frente a todos de forma absoluta, haciendo nacer el deber general de respeto y abstención.

---

<sup>19</sup> Castro y Bravo, Federico de. *Temas de Derecho civil. Bienes de la personalidad*. Madrid, España. 1976. pp. 7 y ss.

<sup>20</sup>Citado por Lete del Río, José Manuel. Ob.cit. p.172.

- Carecen de contenido de disposición; sólo son viables las intromisiones y perturbaciones expresamente autorizadas por el interesado que eliminan la antijuricidad de la conducta.<sup>21</sup>
- Creciente fenómeno de patrimonialización de estos derechos, cuestión en la que abundaremos más adelante.

Se trata, como dice Rogel Vide, de "...unas titularidades jurídicas cuyo punto de partida y de referencia es la "personalidad" misma, de la que vienen a ser como emanación o atributo íntimo y entrañable, relativa no a bienes exteriores en los que aquélla se proyecte al actuar, sino personales en cuanto forman parte de nosotros mismos, teniendo consiguientemente un contenido ideal, inmaterializado."<sup>22</sup>

Los bienes de la persona pueden ser de diversa naturaleza: patrimoniales, familiares y personales. Ésta última es la categoría fundamental, que se traduce en la protección de los derechos de la personalidad. Se les ha definido por Castán Tobeñas como "...aquellos derechos que garantizan al sujeto el señorío sobre una parte esencial de la propia personalidad o aquellos que tienen por objeto los modos de ser físicos o morales de la persona."<sup>23</sup>

## **B.- Caracteres de los derechos de la personalidad.**

Los clásicos iusnaturalistas suelen atribuir a los derechos de la personalidad, que son denominados por ellos como derechos fundamentales, las características de inviolabilidad, inalienabilidad, e imprescriptibilidad.

<sup>21</sup>A lo largo del trabajo de investigación quedará demostrado que esta afirmación no opera en sentido absoluto, y admite ciertas excepciones, cuando se trata, por ejemplo, de la disposición de un órgano anatómico para su trasplante en otra persona.

<sup>22</sup> Rogel Vide, Carlos. *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*. Universidad de Bolonia, Real Colegio de España, 1985. p. 26.

<sup>23</sup> Castán Tobeñas, José. *Derecho civil español, común y foral*. Tomo I. Volumen 2º. Decimocuarta edición revisada y puesta al día por José Luis de los Mozos. Editorial Reus, S.A. Madrid, España, 1984. p. 362.

Pero corresponde a Beltrán de Heredia la elaboración más pormenorizada de algunos de los caracteres de estos derechos. En primer lugar la esenciabilidad, ya que sin ellos quedaría insatisfecha la personalidad como concepto unitario, y son, además, independientes del sistema que sigan en su configuración los distintos ordenamientos.<sup>24</sup> Esta característica se complementa con las que expone Castán Tobeñas, para quien los derechos de la personalidad “...son derechos originarios o innatos, que se adquieren simplemente por el nacimiento, sin necesidad de la concurrencia de ciertas circunstancias de hecho (*o de mecanismos especiales que determinen la conexión de la titularidad, por cuanto nacen y se extinguen con la persona, podemos agregar*), como el derecho moral de autor”.<sup>25</sup>

La segunda característica que destaca Beltrán de Heredia es la inherencia a la persona; el ordenamiento jurídico no los concede, se limita a reconocerlos, pero son inseparables e insustituibles de la personalidad. Dentro de esta característica hay que distinguir tres notas fundamentales. Son derechos individuales atendiendo al interés que con ellos se protege, y porque son reconocidos en favor de cada persona individualmente considerada.; son derechos privados porque tratan de asegurar el goce del propio ser de cada individuo, no su actuación externa o pública; y son derechos absolutos, en el sentido de que confieren poder inmediato y directo sobre el bien de que se trate y oponibles frente a todos (*erga omnes*), pero no en el sentido de su contenido, que se encuentra limitado por la ley, los usos sociales y el bien común.

La tercera característica según Beltrán de Heredia es la extrapatrimonialidad. Se trata de bienes ideales, fuera del comercio de los hombres y no valuables en dinero, lo cual no es

<sup>24</sup> Beltrán de Heredia y Castaño, José. *Construcción jurídica de los derechos de la personalidad*. Discurso de ingreso a la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación leído el 29 de marzo de 1976, con contestación de Antonio Hernández Gil, publicado en la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, España. Abril de 1976, pp. 89 y ss.

<sup>25</sup> Castán Tobeñas, José. *Los derechos de la personalidad*. Publicado en la Revista General de Legislación y Jurisprudencia y editado en un folleto por la Editorial Reus, S.A. Madrid, España. 1952, p. 22. Lo destacado entre paréntesis es nuestro, añadido para que se entienda exactamente a qué se refiere el ilustre jurista español, quien además incluye el derecho de autor dentro de los derechos de la personalidad, con lo cual discrepamos.

obstáculo para que excepcionalmente alguno de estos derechos tengan un substrato pecuniario, o la forma normal de la reparación de la perturbación u ofensa, se lleve a cabo mediante una indemnización de carácter económico. La extrapatrimonialidad trae consigo otros requisitos: son indisponibles pues el sujeto carece de disposición sobre los mismos; intransmisibles, irrenunciables, pues no se concibe su abdicación por inherencia a la persona, son inexpropiables e inembargables, y finalmente, imprescriptibles.<sup>26</sup> Más adelante quedará demostrada la inconsistencia de la afirmación de extrapatrimonialidad de estos derechos.

Luis Prieto destaca la dificultad de admitir el carácter de universalidad de estos derechos, pues ello implicaría que el derecho en cuestión pertenece a toda persona sin excepción: adultos, jóvenes, mujeres, empresarios, trabajadores, nacionales, extranjeros, y es evidente que esto no sucede así, pues existen muchos de estos derechos ya formulados en términos discriminatorios.<sup>27</sup> Pero no se trata de ello; la universalidad implica que el derecho pertenece a todo aquel que goce de la cualidad de ser humano como condición necesaria y suficiente para gozar de este derecho.

Rafael de Asís destaca como característica la positividad.<sup>28</sup> Lete del Río por su parte predica como caracteres los siguientes: son derechos innatos u originarios en cuanto nacen y se extinguen con la persona sin necesidad de que concurra circunstancia, requisito o formalidad alguna; son derechos necesarios, en cuanto corresponden a toda persona, y el ordenamiento jurídico tiene así que reconocerlos, si bien puede suspenderlos o suprimirlos total o parcialmente (condenas de prisión, condenado a muerte); son derechos privados en cuanto garantizan a su titular el disfrute y protección de su propia persona; son derechos absolutos, oponibles frente a todos, incluso frente al Estado (*erga omnes*), pero no en su contenido; son extrapatrimoniales, e inherentes a la persona.<sup>29</sup>

<sup>26</sup> Beltrán de Heredia y Castaño, José. Ob.cit.

<sup>27</sup> Prieto Sanchis, Luis. *Estudios sobre derechos fundamentales*. Editorial Debate. Madrid. España. 1990. pp. 80 y ss.

<sup>28</sup> Asís Roig, Rafael de. *Los paradójicos de los derechos fundamentales como límites al poder*. Editorial Debate. Madrid. España. 1992. p.31.

<sup>29</sup> Lete del Río, José Manuel. Ob.cit. p. 176.

Maluquer de Motes destaca cuatro elementos considerados como caracteres de los derechos de la personalidad: la exclusión total de la autonomía de la voluntad y la ausencia de legitimación para disponer sobre ellos; su consideración irrenunciable, pues de lo contrario se atentaría contra el orden público; son oponibles *erga omnes* con carácter ilimitado excepto por los límites propios derivados de las obligaciones y deberes que asisten a la convivencia social; y son nulos todos los actos y negocios jurídicos que los vulneren.<sup>30</sup>

Son además derechos irretroactivos, por la no incidencia en la nueva ley de los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores.

En resumen, los derechos de la personalidad son derechos absolutos, con eficacia *erga omnes*, pues a todos compete el deber general de respeto de la persona y de sus atributos, son innatos, irrenunciables, intrasmisibles, imprescriptibles y de ejercicio personalísimo.

Por tratarse de derechos de la personalidad con contenido y tratamiento jurídico específico, los caracteres enunciados admiten excepciones. Cabe la disponibilidad parcial, eventual y concreta ante ciertas personas de estos derechos que no excluye la plena titularidad del mismo en el futuro.

### **C.- Diferencias con otros concepto afines.**

Muchas veces se habla de derechos fundamentales, libertades públicas o derechos humanos para referirse a los derechos de la personalidad, o se emplean simplemente como sinónimos. Esto produce a veces ciertas perplejidades, y resulta algo desconcertante para mentes científicas concededoras del tema o que se introducen por primera vez en él, pues el tratamiento de estos derechos en la esfera pública ha sido causante del desinterés de los estudiosos del Derecho privado sobre los mismos, cuestión que ya debe considerarse superada. Se han utilizado además otras denominaciones como derechos naturales o

---

<sup>30</sup> Maluquer de Motes, Carlos. Ob.cit. p. 31.

garantías individuales. Pero señalemos algunas diferencias esenciales entre el concepto de los derechos de la personalidad y los restantes conceptos mencionados a fin de que no vuelvan a confundirse los términos y lograr una certera delimitación del alcance y contenido de cada uno de ellos.

### 1.- Derechos humanos.

La primera noción aparecida en el tiempo, fue la de los derechos humanos, que deben mucho su origen a la intolerancia, las guerras de religión, y las tensiones entre grupos. Resulta muy seductora la idea de hacer una referencia histórica completa del origen de estos derechos, pero no es materia de este trabajo y se alargaría en exceso.<sup>31</sup>

Baste sólo referir que una consecuencia clara y universal de estos derechos no aparece sino hasta la época moderna aunque ya desde la etapa medieval se reconocían algunos "derechos fundamentales" pero propios de los estamentos o estados en que aparece estratificada la sociedad feudal. Ya con el desarrollo del Estado moderno y el relajamiento de estos vínculos estamentales, se comienzan a plantear problemas de limitación del poder del Estado y la Iglesia en cuanto al primero de los derechos que aparece: la libertad religiosa y de conciencia.

Durante los siglos XVII y XVIII este elemento se fue asociando cada vez más a los derechos civiles y políticos en general que alcanzan su reivindicación con la llegada de la burguesía al poder que reclama la supresión de los privilegios de la nobleza y la igualdad ante la ley. En 1689 en el *Bill of Rights* se constituye un catálogo específico de derechos del hombre y del ciudadano,<sup>32</sup> que en 1789 encuentra su más alta consagración en la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, dando el punto de partida de toda la evolución posterior en materia de derechos y libertades del hombre.

<sup>31</sup> Sólo nos permitiremos remitir su estudio, para quien le inquiete el tema, a la obra de Antonio Truyol y Serra *Los derechos humanos*. Tercera edición. Editorial Tecnos, S.A. Madrid. España. 1982.

<sup>32</sup> Álvarez Veliz, María Isabel y María Francisca Alcón Yustas. *Las Constituciones de los quince Estados de la Unión Europea*. Editorial Dykinson. Madrid. España. 1996. pp. 591 y 592.

Los derechos económicos y sociales fueron reivindicados por el proletariado durante la segunda mitad del siglo XIX, pero hubo que esperar a la primera postguerra para que comenzaran a reconocerse los primeros derechos de naturaleza social; la Constitución mexicana de 1917 fue la pionera en el tratamiento y consagración de estos derechos de segunda generación.

Se deduce claramente que los orígenes de los derechos humanos tienen mucho más que ver con la intolerancia y las guerras de religión, que con las relaciones entre particulares, e incluso, tensiones entre ciudadanos y el Estado. Thomas Paine considera que los derechos humanos constituyen la conjunción de los derechos naturales, son aquellos que le corresponden al hombre por el mero hecho de existir, y los derechos civiles son aquellos que le corresponden por el hecho de ser miembro de la sociedad.<sup>33</sup>

Actualmente los derechos humanos han ocupado su lugar en el ámbito del Derecho internacional, con el ánimo de otorgarles la más eficaz tutela. Pero vayamos a su concepto, no exento de vaguedad, ambigüedades y derivaciones equívocas. Para Pérez Luño son el 'Conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional'.<sup>34</sup>

El instrumento internacional que actualmente rige en materia de derechos humanos es la Declaración Universal de Derechos del Hombre suscrita el 10 de diciembre de 1948 en las Naciones Unidas. Sus características principales son las siguientes:

- Se fundamenta en el principio filosófico-jurídico de dignidad de la persona humana del que derivan los postulados de libertad, igualdad y fraternidad.

---

<sup>33</sup> Paine, Thomas. *Los derechos del hombre*. Fondo de Cultura Económica. México, D.F. 1944. p. 61.

<sup>34</sup> Pérez Luño, Antonio Enrique. *Derechos humanos. Estado de Derecho y Constitución*. Quinta edición. Editorial Tecnos, S.A. Madrid. España. 1995. p. 48.

- Concede una mayor amplitud de los clásicos derechos civiles y políticos ya reconocidos, agregando nuevos derechos humanos económicos, sociales y culturales.
- Preocupación político-democrática.
- Extiende la protección de estos derechos al plano internacional.
- Tiene un propósito vinculante para los Estados miembros.

Dicho instrumento va más allá de simple sistema doctrinal, pero no llega a ser un sistema de normas jurídicas de inexcusable observancia. Mantienen un carácter programático, más que de estricta observancia y exigencia de su cumplimiento, quedando a la buena voluntad de cada uno de los Estados su acatamiento o no. Se caracterizan por un fundamento más filosófico que jurídico.

Los derechos humanos son un concepto ideológico, abstracto, son un *desiderátum* filosófico que en este siglo ha acabado concretándose en declaraciones formales de organismos internacionales. Han de contemplarse desde una perspectiva histórica según los criterios filosóficos y sociales de un lugar y momento determinado.

## **2.- Derechos fundamentales.**

Esta categoría queda enmarcada en el Derecho constitucional, como positivación constitucional de los derechos humanos, dotándolos así de un elenco de garantías que posibilitan al individuo el ejercicio real y efectivo de los mismos. La noción de los derechos fundamentales atañe a las relaciones particular-Estado, no trasladables al plano horizontal de las relaciones particular-particular. Sólo cuando son aceptados los derechos humanos en la legislación positiva de cada Estado, adquirirán la condición de derechos fundamentales.

Por tanto, puede hablarse con propiedad de derechos fundamentales a partir del siglo XVIII con las primeras declaraciones de derechos que van ganando positividad a medida que son incluidas expresamente en algunos de los enunciados correspondientes en las primeras Constituciones aparecidas en el tiempo: la de Estados Unidos y la Francia de los siglos XVIII y XIX, encaminadas a proteger las garantías del ciudadano frente al poder representado en la figura del Estado.

Entre estos textos están la Declaración de Virginia de 12 de junio de 1776 que proclama en su párrafo segundo la igualdad de todos los hombres; la Declaración de Independencia norteamericana de 4 de julio de 1776; la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica y sus posteriores enmiendas; y la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano elaborada por la Asamblea Nacional de Francia el 26 de agosto de 1789.

Lo que diferencia entonces a los derechos humanos y a los derechos fundamentales es la positivación constitucional. Su existencia jurídica descansa en la garantía de protección que hace que dejen de ser simplemente valores para convertirse en Derecho positivo. Se trata de limitar con su reconocimiento, las facultades de los Poderes Legislativo y Ejecutivo mediante la imposición del respeto a ciertas libertades individuales que aquellos no pueden menoscabar, al menos de manera absoluta e injustificada.<sup>35</sup>

Estas normas regulan por tanto las relaciones entre el individuo y el Estado; las relaciones de los individuos entre sí se regulan en otros textos. Es decir, los derechos fundamentales son los derechos humanos positivados a nivel interno, y los derechos humanos se emplean como término a nivel internacional.

---

<sup>35</sup> Ángel Yáguez, Ricardo de. *La protección de la personalidad en el Derecho privado*. Revista de Derecho Notarial. Enero-marzo de 1974. Madrid, España. pp. 7 y ss.

### **3.- Libertades públicas.**

Las libertades públicas por su parte, son facultades y esferas de acción autónoma de los individuos o de los grupos de individuos, positivamente protegidos contra la intervención del Estado que coinciden con un reducido sector de los derechos humanos. Corresponden al ejercicio de determinados derechos manifestados individualmente y presuponen que el Estado reconozca a los individuos el derecho de ejercer ciertas actividades; son obligaciones negativas a cargo del Estado que implican el deber de abstenerse de interferir, debiendo tolerar una libre actividad de los particulares.<sup>36</sup>

Las libertades públicas se asimilan a los derechos fundamentales cuando su ejercicio corresponde a la libre determinación de la voluntad humana considerada individualmente, y, en este sentido, coinciden con las libertades del Estado liberal de Derecho. En cambio, el concepto de derecho fundamental es más amplio, ya que se extiende a los derechos sociales imprescindibles para el desenvolvimiento digno del hombre en su relación social.

### **4.- Derechos de la personalidad.**

Más adelante en el tiempo, surgen los derechos de la personalidad cuando ya el hombre tiene garantizado un elemental respeto de sus derechos frente al Estado. Tienen un ámbito más reducido, a veces distinto, que el señalado a los derechos humanos, a los derechos fundamentales, y las libertades públicas. No tienen cabida dentro de los derechos de la personalidad, por muy amplio elenco que se formule de los mismos, todos aquellos que desde otra perspectiva son considerados fundamentales.

Se diferencian también en su manera de protección y garantía. Unos cuentan con garantía constitucional, apoyada en la penal, la administrativa y la política, que en sus respectivas esferas, conceden al individuo un *status* político y la defensa contra los atentados a su persona y sus bienes; pero también el Derecho civil ofrece una defensa más adecuada a

---

<sup>36</sup> Castro Cid, Benito de. *Dimensión científica de los derechos del hombre*. Sevilla, España. 1979. p. 100.

su función y sus medios sancionadores, cuando sea objeto de lesión en los derechos inherentes a su propia persona.

Pueden coincidir, en algunas hipótesis, los derechos de la personalidad, con los derechos fundamentales, y con los más esenciales derechos humanos, pero su tratamiento en uno y otros casos será diferente. La vida, por ejemplo, está reconocido como derecho en las tres categorías, no así el derecho al nombre, o a la propia imagen, que encuentran amparo como derecho fundamental en algunas Constituciones, pero no en todas las ocasiones, y siempre como derechos de la personalidad.

Es decir, la noción de los derechos de la personalidad debe reducirse a aquellos bienes que son inherentes e inseparables de la condición humana y que permiten al hombre el pleno goce de sí mismo; se desenvuelven en el campo de las relaciones sociales en que los derechos de la persona requieren de una tutela especializada. Cuando nos referimos a libertades públicas, derechos fundamentales o derechos humanos, se alude a un ámbito jurídico ajeno, al menos formalmente, al Derecho civil, y si perteneciente al Derecho público por atender a las relaciones entre el individuo y el Estado. No se trata de una absoluta y tajante delimitación entre los diversos conceptos enunciados, sino de una recíproca interdependencia entre ellos, de un diverso alcance, ámbito y mecanismo de protección y de diferentes consecuencias jurídicas.

### **III.- Antecedentes históricos de los derechos de la personalidad.**

En el Derecho griego, con la «*dike kategorias*» se penaban las ofensas físicas o morales que se infringían a las personas, función que vino a desempeñar la «*actio iniuriarum*» del Derecho romano, en que ya se da una cierta protección de la personalidad ajena en relación con la vida, el honor y la libertad, estableciéndose esta acción tendente a reprimir los actos que implicaban un desprecio hacia la persona, mediante una acción con fundamento en la ofensa producida por la injuria o «*contumelia*», o sea, en el hecho de que se lesionaban aquellos bienes. Esta acción tenía un doble contenido en cuanto a la

reparación, pues unas veces suponía compensación económica y otras una especie de arrepentimiento. Pero no se equivocan quienes reprochan a los jurisconsultos romanos el haber olvidado los derechos de la personalidad, tal y como son entendidos en las actualidad.

La base técnica para la especificación de la esfera de la personalidad procede de la filosofía escolástica, primero, al difundir la idea básica de la concepción cristiana de que todos los hombres son personas, y luego, al destacar los bienes personales y la naturaleza de las facultades que sobre cada uno de ellos tiene el hombre. Aparte de los bienes externos, el hombre cuenta con bienes que están en su propia persona, en su cuerpo; se produce la diferencia entre los bienes exteriores a la persona y los «ínsitos» de la misma, entre los que enumera, la integridad física, la libertad, el honor y la fama.<sup>37</sup> Mas estas claras pero dispersas ideas no resultaron eficaces hasta que fueron sistematizadas por los teólogos que formarían más tarde la Escuela de Derecho Natural.

Los comentarios que a la *Summa Theologica* de Santo Tomás se comienzan a hacer en las grandes Universidades del Renacimiento —especialmente las de París, Pavia, Coimbra y Salamanca— proporcionan nuevos y bellos elementos sobre la concepción de la vida, la integridad corporal, la tranquilidad espiritual, el honor y la fama. Las lecciones de Vitoria cargadas de vida y de sentimiento, hacen surgir una nueva doctrina sobre los bienes intrínsecos de la persona desarrollada más tarde de manera concisa por Domingo de Soto que fue, sin dudas, quien más resueltamente trabajó para que triunfase el espíritu generoso del fundador de la escuela salmantina.<sup>38</sup>

---

<sup>37</sup> Castro y Bravo, Federico de. "Los llamados derechos de la personalidad". Anuario de Derecho civil. Septiembre-octubre. Madrid, España. 1959, pp. 1237 y ss. Las monografías más antiguas conocidas sobre la materia, al decir del profesor De Castro, son las del jurisconsulto toledano Gómez de Amezcua "*Tractatus de potestate in se ipsum*" publicada en Palermo en 1604, en que se proclama por primera vez el principio liberal de que todo le está permitido al hombre, respecto de sí mismo, excepto lo que le está expresamente prohibido por el Derecho; y la del alemán Stryck publicada en 1675.

<sup>38</sup>Francisco de Vitoria, fraile dominico español formado en la Sorbona y profesor de la Universidad de Salamanca desde 1526 hasta su muerte 20 años después, marcó las líneas maestras de iusnaturalismo español de los siglos XVI y XVII. Se le considera el fundador del Derecho internacional moderno. Los principios generales sentados por Vitoria para enjuiciar las peripecias colonizadoras de los españoles en el Nuevo Mundo sirven de fundamento a las bases por las que se regula la comunicación internacional (*ius communicationis* como derecho humano). Cfr. Beltrán de Heredia, Vicente. *Personalidad del maestro Francisco de Vitoria y trascendencia de su obra doctrinal*. Corpus Hispanorum de Pace dedicado a la

La Escuela del Derecho Natural del siglo XVII ejerce una decisiva influencia en la materia y contribuye poderosamente a la reconstrucción del problema. La exaltación de estos derechos está en su consideración de derechos naturales o innatos, considerándolos como aquellos derechos connaturales al hombre que nacen con él, corresponden a su naturaleza, están unidos a su persona, y son preexistentes a su reconocimiento por el Estado.<sup>39</sup>

Pero el verdadero punto de arranque lo constituyó la Revolución francesa de 1789, en que se proclama la igualdad de todos los individuos, no sólo frente al Estado sino también en relación con los demás individuos.

Bajo esta influencia, tanto en Europa como en América durante los siglos XVII y XVIII, se publicaron los primeros textos constitucionales, especialmente la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en que se consagran los principios de Libertad, Igualdad y Fraternidad (ya proclamados por el Cristianismo) que van conformando la terminología constitucional llamada a distinguir los derechos fundamentales de los demás derechos, aunque de maneras diversas. En Inglaterra este proceso fue el resultado de una evolución carente de construcciones racionales, en Estados Unidos se partió de una concepción histórica a una construcción racionalista, y en Francia de una concepción liberal del Estado que se vinculan a la teoría del Estado de Derecho y al imperio de la ley.

Sólo cuando la persona ha conseguido un mínimo de seguridad frente al Estado, frente al poder, es cuando sus preocupaciones se desplazan al terreno de las relaciones privadas.<sup>40</sup> Es así que, al margen de cualquier muestra anterior que pueda tomarse como precedente, los derechos de la personalidad en sentido técnico, es decir, entendidos como protección de la libre actuación de la persona, son una conquista del siglo XIX.

---

Relectio de Indis. Volumen V. pp. XXVII y ss; y Truyol y Serra, Antonio. *Vitoria en la perspectiva de nuestro tiempo*, en la propia obra citada. pp. CLVIII y ss.

<sup>39</sup> Recaséns Siches, Luis. Ob.cit. pp. 433-435.

<sup>40</sup> Ángel Yáñez, Ricardo de. Ob.cit. p. 25.

Pero la doctrina de los derechos de la personalidad es de construcción reciente. El Derecho romano no la sintió, y en los siglos posteriores, aunque algunos de los derechos en particular se perfilasen con silueta determinada y certera, la construcción sistemática de los mismos no aparece, aunque tímidamente, sino hasta finales del siglo XVII, en donde precisamente algunos tratadistas españoles atisban ya la orientación que se termina de completar con Windscheid y Savigny.<sup>41</sup>

El tratamiento algo sistemático y efectivo de los derechos de la personalidad parte de Francia en el año 1909, cuando E. H. Perreau publica un artículo en la Revista de Derecho civil denominado *Los derechos de la personalidad*,<sup>42</sup> dándoles por vez primera un enfoque en el terreno positivo, fuera del ámbito del Derecho natural o de la Filosofía. En el siglo XX existen dos modalidades en el manejo de estos derechos: la primera se caracteriza porque coexiste una protección publicista a la par de la necesaria protección civil que requieren estos derechos, y destacan en esta línea los Códigos civiles de Alemania de 1900, el suizo de 1908, que dedica una sección que denomina "Protección de la personalidad", el italiano de 1942, el griego de 1946 y el portugués de 1966; y la segunda se caracteriza por el intento de considerar la protección de la personalidad en términos sustanciales y no meramente formales superando los pronunciamientos programáticos de las Declaraciones internacionales que los amparan.

Ha sido en definitiva la doctrina legal y la jurisprudencia la que mayores aportes ha hecho a la construcción jurídica de los derechos de la personalidad, a su reconocimiento y debida protección.

---

<sup>41</sup> Puig Peña, Federico. *Tratado de Derecho civil español*. Tomo I. Volumen 2º. Madrid. España. 1958. p.59.

<sup>42</sup> Perreau, E.H. *Des droits de la personnalité*. Revista Trimestral de Derecho civil. París. Francia. 1909. pp. 501 y ss.

#### **IV.- Naturaleza jurídica de los derechos de la personalidad.**

Cuando se habla de la naturaleza de las cosas, se está haciendo referencia a la esencia y propiedades características de cada una de ellas, a su virtud, calidad o propiedad que la distingue.<sup>43</sup> La naturaleza jurídica de una institución jurídica es entonces la *ratio essendi* o razón de ser trascendental de la misma, es decir, lo que permite aclarar el origen y finalidad de la institución de que se trate.

##### **A.- ¿Son parte del patrimonio?**

Desde hace unos años ha venido desarrollándose por contadísimos tratadistas, la tesis de que el patrimonio tiene además de su contenido pecuniario, otro campo relacionado con los valores morales que al Derecho y la sociedad interesa tutelar prioritariamente.

Las primeras noticias aparecen en la obra de los maestros de Estrasburgo Charles Aubry y Charles Rau en el pasado siglo,<sup>44</sup> ideas que fueron seguidas tímidamente hasta que a mediados del presente siglo se logra su mayor aceptación en cuanto al contenido e importancia de los derechos de la personalidad, que conforman el campo moral del patrimonio, pero no es todavía generalmente admitida su inclusión dentro de este concepto.

Siempre se ha vinculado la noción del patrimonio con su naturaleza netamente pecuniaria, pero con las transformaciones que a diario ocurren en la vida social y jurídica de las sociedades modernas, no puede seguirse negando la existencia de un verdadero patrimonio moral. Esta crisis aparece plasmada en el plano jurídico con la obra de Von Ihering, cuando sostuvo que el elemento patrimonial conocido como obligación podía tener

---

<sup>43</sup> *Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo-Americana*. Tomo XXXVII. Editorial Espasa-Calpe, S.A. Madrid, España. 1967. p. 1203.

<sup>44</sup> Aubry Charles y Charles Rau. *Cours de droit civil francais d'après la méthode de Zachariae*. Tomo VI. Marchal & Billiard. París. Francia. 1935.

un objeto no sólo pecuniario, sino que podían existir obligaciones con un contenido de tipo moral y afectivo.<sup>45</sup>

Este patrimonio moral está formado por aquellos derechos subjetivos, conocidos por la doctrina como derechos de la personalidad. Conviene desde ahora dejar sentada la posición que en el presente trabajo se asume en el sentido de que existe un patrimonio moral conjuntamente con el de contenido pecuniario, del cual es titular toda persona por el simple hecho de su naturaleza humana.

*Prima facie*, al tratarse los derechos de la personalidad concediéndole las características de irrenunciabilidad, inalienabilidad, e imprescriptibilidad que necesariamente debe acompañarles por estimarse bienes jurídicos fuera del comercio, pudiera resultar difícil encajarlos en un tratamiento patrimonializador. En este supuesto se fundamenta nuestra tesis que defiende la necesidad de una regulación expresa de los derechos de la personalidad para generar la responsabilidad de quien los transgrede.

La esencia está en **distinguir**, ante el creciente fenómeno de patrimonialización de estos derecho, entre el **propio derecho de la personalidad** y las **facultades** que lo conforman. Así se puede afirmar que por una parte son inalienables por su carácter de esenciales, pues lo contrario supondría la degradación moral de la persona, pero que admiten la cesión de alguna de las facultades que lo componen.

En cuanto a la irrenunciabilidad, las transgresiones consentidas por el propio interesado no se oponen a esta característica, que no implica la absoluta abdicación de los derechos de la personalidad, sino tan sólo el parcial desprendimiento de alguna de las facultades que lo integran.

---

<sup>45</sup> Notas de clases correspondientes al Curso de Derecho de Persona impartido en el semestre 97-I de Maestría en Derecho civil de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de México por el Dr Jorge Mario Magallón Ibarra.

Otros autores, como Igartua, afirman que en todo caso estamos en presencia de un derecho patrimonial sobre bienes de la personalidad y no de que el derecho de la personalidad cobrara un contenido de protección.<sup>46</sup>

Según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, la palabra **patrimonio** deriva del latín *patrimonium*, que significa "...m. Hacienda que una persona ha heredado de sus ascendientes.//2. fig. Bienes propios adquiridos por cualquier título.// 3. Bienes propios, antes espiritualizados y hoy capitalizados y adscritos a un ordenado, como título para su ordenación...."<sup>47</sup> Este concepto nos recuerda otro, el de *riqueza*, entendida como abundancia de bienes y cosas preciosas, y copia de cualidades o atributos excelentes.

La propia voz etimológicamente denota también la pertenencia al *pater*, que en el antiguo Derecho romano era el único sujeto de derecho, y *monium*, que significa carga, es decir, el patrimonio puede ser entendido como la carga del padre, función que resulta lógica por ser el *pater* de familia en las antiguas sociedades, el encargado del mantenimiento y subsistencia del hogar.<sup>48</sup>

Ninguna de las procedencias etimológicas y enciclopédicas de la palabra *patrimonio* nos induce en momento alguno a pensar en bienes o títulos de carácter puramente pecuniario. La noción del patrimonio deriva de criterios de valoraciones, referencias adjetivas y sustantivas dispersas por toda la normatividad legal, que adquiere los más diversos significados conforme a la trascendencia o función que esté desempeñando. Por ello se hace muy difícil brindar un concepto general que concuerde con todas las situaciones jurídicas en que se puede manifestar.

---

<sup>46</sup>Igartua Arregui, Fernando. *La apropiación comercial de la imagen y del nombre ajenos*. Editorial Tecnos, S.A. Madrid. España. 1991.

<sup>47</sup> *Diccionario de la Lengua Española*. Real Academia Española. Tomo II. Vigésima edición. Madrid. España. 1984.

<sup>48</sup>Magallón Ibarra, Jorge Mario. Ob.cit. p.201.

En cualquier caso hay que partir de un concepto un tanto difuso de patrimonio que ya se dibuja en el Derecho romano, en que se van perfilando conexiones con el aspecto económico que le sirve de punto de partida y donde aparecen, de forma más o menos precisa, otras conexiones ajenas a la noción pecuniaria que tratan de delimitar su propio concepto, tal como deber ser entendido en la actualidad.

Con el tiempo y como resultado de la invasión sufrida en todas las esferas del Derecho civil de las corrientes patrimonialistas, el concepto fue despojándose de todos los matices que no fueran esencialmente económicos, hasta vincularse enteramente, ya no con nociones puramente económicas —pues siempre tendrá consecuencias económicas directas o indirectas cualquier atentado a los derechos de la personalidad—, sino solamente pecuniarias o dinerarias.

Entre todos los autores consultados, debemos exponer los elementos de coincidencia que brindan al momento de definir el patrimonio.

- El primero de ellos se da en el *valor económico* del patrimonio susceptible de ser evaluado pecuniariamente. Con esta idea quedan fuera los atributos y derechos de la personalidad, los derechos políticos y administrativos, aunque alguna de las consecuencias o efectos que de ellos se deriven adquieran carácter patrimonial. Más adelante expondremos nuestros argumentos en oposición a ese respecto.
- El segundo de los elementos es su *denominación colectiva*; el patrimonio es conjunto de bienes y derechos que indica un agregado de bienes económicos; es la pluralidad de los bienes y derechos, es el elenco de relaciones jurídicas valuables económicamente. Es la masa de bienes considerados como una entidad abstracta independiente de los elementos que la componen, los cuales pueden cambiar, o disminuir sin que se altere el conjunto como tal.

- Y el tercero de los elementos es la *referencia a un titular*; siempre lleva consigo el concepto de patrimonio una referencia subjetiva que indique la pertenencia a un titular. El patrimonio constituye un conjunto coherente de bienes, identificados sobre todo, no por la individualidad de los objetos que lo componen, sino por su atribución a una persona o grupo de personas a cuyas responsabilidades se halla sujeto.

Se concluye entonces que la noción de patrimonio es tan amplia y a veces tan difusa, que se hace muy difícil una definición, al menos en los mismos términos en que se definen otros conceptos jurídicos, y por ello lo más cercano —con sus limitaciones— a su concepto es la unión de sus varios elementos; por patrimonio se entiende el conjunto de bienes, derechos, cargas y obligaciones susceptibles de valoración económica que pertenecen a la esfera jurídica de una persona, activa o pasivamente. Debemos recalcar la distinción entre los términos «económico» y «dinerario», pues siempre tendrán derivaciones económicas, en sentido general, el complejo de elementos que conformen el patrimonio, pudiendo no ser necesariamente valuables en dinero. La determinación de su significado económico en el sentido apuntado, como término de referencia de las relaciones jurídico-patrimoniales de su titular, lo hacen aparecer como un conjunto de bienes y derechos que a él se atribuyen, y en el que se define el carácter más o menos unitario según el tipo de patrimonio de que se trate y la función a la que se destine, de lo que depende también la vinculación subjetiva o personal que es propia del mismo.

### 1.- Valores morales y valores materiales.

El sustantivo valor deriva del latín *valere* que significa ser fuerte, vigoroso, robusto, potente, valer.<sup>49</sup> El valor de los objetos no puede ser y no ha sido jamás estimado, sino en relación con ciertos ideales. Estos ideales son las ideas —valores— en los cuales se refleja y

<sup>49</sup> Corominas, Joan y José A. Pascual. *Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico*. Volumen V. Editorial Gredos, Madrid, España, 1986. p. 733.

resume la vida social. En cuanto fuerzas reales y actuantes que determinan el comportamiento humano, los valores son datos científicamente discernibles.

¿Qué es un valor? Aun cuando el concepto se ha visto enriquecido por la filosofía de los valores, que encuentra su culminación en Scheller y Hartmann, en el campo de la filosofía jurídica y social ha inspirado muchas concepciones como las de Cossio, Recaséns Siches y otros, pero no puede adscribirse en exclusiva a una específica teoría. Filosóficamente, valor es el grado de utilidad o aptitud de las cosas para satisfacer las necesidades o proporcionar bienestar y deleite. Son también entendidos como esencias alógicas, contrapuestas, "...tienen las ideas de valor la peculiaridad de darse siempre en pareja, el valor positivo frente al valor negativo...una misma referencia de valor es bipolar: bien-mal, verdad-falsedad, justicia-injusticia, belleza-fealdad, grandeza-mezquindad, etc., etc."<sup>50</sup>

Nos referimos a ellos para apoyar la tesis de que los valores, entendidos tanto en su sentido material como moral, forman parte del patrimonio de una persona en identidad de condiciones. En los valores protegidos está la base de los derechos de la personalidad. Eso sí, aunque todos y cualquiera de los derechos del individuo y los valores amparados pudieran denominarse de la personalidad, lo cierto es que esta expresión debe quedar reservada para aquellos derechos subjetivos que actúan respecto de la personalidad de una manera esencial, imprescindible de la misma.

El valor es una categoría ontológico-social general, es decir, como una forma móvil dependiente de los contextos culturales y las situaciones históricas con que se distingue la no indiferencia hacia los hechos sociales. El valor expresa cualidades de las personas, de los bienes o de determinados procesos en el sentido de que genera exigencias dirigidas a la satisfacción de necesidades humanas. Para la concepción marxista, el valor es sinónimo de riqueza como despliegue multilateral de las fuerzas esenciales de la especie, a saber, la

---

<sup>50</sup> Recaséns Siches, Luis. Ob.cit. p. 62.

libertad, la consciencia, la universalidad. El valor es un fenómeno que acompaña a toda la vida psíquica y domina todas las acciones humanas.

En toda percepción se enlazan sentimientos que indican lo que favorece o lo que contraría el bienestar físico, moral, individual o social. Cada uno de estos sentimientos y juicios sobre el valor, tienen una doble naturaleza: subjetiva, en tanto el valor no es una propiedad inherente al objeto, sino sólo la importancia y significación que el hombre le atribuya; y objetiva, en tanto las estimaciones valorativas son diferentes y variables, pero esta medida de apreciación puede ser objetiva, es decir, un objeto que no necesitamos puede no poseer momentáneamente ningún valor (de uso), pero como seres dotados de razón pensamos en la posibilidad de que se presente la necesidad de ese objeto.<sup>51</sup>

En el caso de los valores materiales, se forman por medio de la actividad económica reflejada en el individuo y en la sociedad; para atender a sus fines el hombre utiliza ciertos medios, como el tesoro de la naturaleza, o sus brazos. Visto materialmente, el concepto de valor se compone entonces de tres elementos fundamentales: la necesidad, la utilidad y el coste. El resultado de esta actividad económica que genera en bienes materiales, valorables en dinero, sin duda forman una de las partes esenciales de su patrimonio.

Los valores morales por su parte, son la fuente esencial que nutre el contenido de los derechos de la personalidad o el patrimonio moral de cada individuo. Son la savia de la que se alimenta la dignidad humana. Como bien dice el maestro Ernesto Gutiérrez y González, "...un pueblo que tiene dignidad, que conoce sus derechos, es un pueblo que pone en peligro a sus malos gobernantes".<sup>52</sup> Por eso a veces se convierte en un problema esencial de política el reconocimiento o no de estos esenciales derechos, con independencia de los reparos que muchos tratadistas muestran en admitirlos, sea por menosprecio, o por considerar la sistematización de esta materia en el campo de lo civil un error desde el punto de vista técnico-jurídico.

---

<sup>51</sup> Ibid. pp. 63-65.

<sup>52</sup> Gutiérrez y González, Ernesto. *El Patrimonio. El pecuniario y el moral o derechos de la personalidad y Derecho sucesorio*. Tercera edición. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. 1990. p. 756.

El objeto de los derechos de la personalidad son los bienes fundamentales de la persona que el ordenamiento jurídico individualiza y protege.<sup>53</sup> Si por objeto entendemos el interés implicado en la relación jurídica de que se trate, éste puede venir integrado por cosas materiales, por los servicios que presten o los deberes que cumplan otras personas y por atributos o manifestaciones físicas o psíquicas concretas de la propia persona titular de esos derechos, que más adelante calificaremos como subjetivos. Estos atributos constituyen los derechos de la personalidad; el objeto recae sobre alguna manifestación aislada de la personalidad, no sobre la persona en su integridad.

Brevemente nos referiremos a la libertad como valor ajeno a toda consideración material o pecuniaria, para explicar, en cuanto a la importancia que reviste para el patrimonio de un sujeto, el reconocimiento dentro del mismo de los valores morales.

El valor de la libertad es uno de los de más amplio espectro y más compleja realización. Detrás de la libertad aparece siempre la persona, por ella tiene sentido. Equivale al libre arbitrio, supone autonomía, realización de la propia personalidad. La libertad no es una invención del liberalismo, aunque a él deba su triunfo como noción clave de la convivencia; es una cualidad inherente a la persona, que se manifiesta en una u otra forma en las distintas sociedades, pero que siempre acompañará al individuo. ¿Es o no entonces un valor esencial a la persona, parte indispensable de su patrimonio?

Repetimos, no todos los valores morales serán catalogados como derechos de la personalidad, sólo aquellos que alcancen una connotación suficiente para que al Derecho le interese su protección. Y serán estos los que conformarán el patrimonio moral del individuo. Piénsese en cuánto afectaría a nuestro patrimonio, incluso pecuniariamente, el hecho de que la reputación, el honor o el buen nombre, la vida, la integridad, o la libertad, se vean injustamente atacados. Y por supuesto, la protección y estandarización de estos valores:

---

<sup>53</sup> Castán Tobeñas, José. *Los derechos de la personalidad*. Ob.cit. p. 18.

morales que dan sustancia a la esfera moral del patrimonio, variarán de acuerdo a las realidades de cada época o lugar.

## 2.- Breve reseña de las fundamentales teorías elaboradas sobre el patrimonio.

No es sino a partir del pasado siglo que aparece la primera de las tesis verdaderamente científicas acerca del patrimonio, elaboradas por los tratadistas Aubry y Rau. Estos autores lo definieron como el conjunto de derechos y obligaciones que tiene una persona, y que conforman una universalidad de derecho, invariable durante la vida del titular. Para explicar esta teoría se recurre al símil de la bolsa; ésta conforma el patrimonio de una persona, esté vacía o llena, eso no importa a los efectos de considerar que efectivamente esa persona cuenta con un patrimonio.

Esta teoría es conocida por su marcado carácter *personalista*, corriente predominante durante mucho tiempo por la influencia del iusnaturalismo. La mayoría de los Códigos civiles latinos no contienen una definición del patrimonio, pero son todavía fieles al modelo de Gayo en lo que atañe a la organización sistemática de los derechos patrimoniales, y en ellos subyace todavía la concepción personalista del patrimonio.

El fundamento de la unidad del patrimonio, deriva de su sometimiento al arbitrio de una sola voluntad, a la acción de un único poder jurídico. Es decir, el patrimonio es una universalidad de derecho en el sentido de que los bienes forman una unidad misma de la persona a quien pertenecen, llegando a concebirlo como una emanación de la personalidad. "El patrimonio, siendo en su más alta expresión la personalidad misma del hombre, considerada en sus relaciones con los objetos exteriores sobre los cuales puede o podrá tener derechos que ejercitar, comprende no solamente en *in actu* los bienes ya adquiridos, sino también, en potencia, los bienes a adquirir en el futuro."<sup>54</sup>

---

<sup>54</sup> Aubry, Charles y Charles Rau. Ob.cit. p. 573.

La universalidad de bienes significa pluralidad de bienes a los que es posible tratar unitariamente como un todo —*universitas iuris*—.

Esta idea permite deducir que, para sus autores, el patrimonio es una consecuencia derivada de la personalidad, y su contenido responde a varios principios incuestionables:

- ***Sólo las personas pueden tener un patrimonio***; aunque parezca obvio este pronunciamiento, la realidad ha demostrado que en muchas ocasiones se han dejado fortunas a animales, pero sería discutible si el titular sería el animal, o sólo se trata del destino que se le concede a una masa dineraria, que debe ser necesariamente administrada y manipulada por otra persona sea natural o moral.
- ***Toda persona tiene necesariamente un patrimonio***. Siempre contará con un patrimonio, o al menos con la potencialidad de tenerlo, aunque no cuente con ningún contenido material. Este principio niega la posibilidad de enajenar enteramente el patrimonio y quedar en completo estado de insolvencia, porque se tiene siempre la capacidad en potencia de contar con un patrimonio. “...el patrimonio para esta visión doctrinal, no es sino la personalidad considerada en su aspecto económico; incluyendo en él tanto aquel que tiene una persona en un momento dado (patrimonio *innatus* [sic]) como el susceptible de llegar a tener, desde su nacimiento hasta su muerte (patrimonio *in potentia*).”<sup>55</sup>
- ***Las personas sólo pueden tener un patrimonio***; como emanación de su personalidad, sólo podrán contar con una masa en que se unificarán todas sus deudas, derechos, bienes, y obligaciones. Esto contradice la existencia de varios tipos de patrimonios, como son el hereditario que se recibe a beneficio

---

<sup>55</sup> Magallón Ibarra, Jorge Mario. Ob.cit. p. 202. Debe tratarse de un error de imprenta, en lugar del término *innatus* seguramente el autor consignó en su original el término *in actu*.

de inventario, en que nada tiene que ver el patrimonio del sucesor, con el que se adquiere por herencia, y de las deudas y cargas de éste último, sólo responderá en cuanto alcance el mismo, pero nunca con el propio. Y el patrimonio familiar que por disposición de la ley alcanza carácter autónomo con respecto al de los integrantes de la célula familiar.

- ***El patrimonio es inseparable de la persona.*** No puede enajenarse ni transmitirse a otra persona en su totalidad pues sería como despojarse de la propia personalidad; esto limita el derecho de toda persona a disponer libremente de sus bienes.

Esta teoría confunde continente con contenido, mezcla el mero «poder tener» con la capacidad de obrar y olvida la existencia de masas patrimoniales separadas del patrimonio general y que pueden pertenecer a una misma persona. Pero sin duda fue la primera elaboración sistemática de un concepto de patrimonio, y resaltó un elemento del que nunca podrá prescindirse para construir su definición que es el de la innegable relación del patrimonio con la persona.

La segunda de las tesis o teorías conocidas como *finalistas* u *objetivas*, estima que el elemento que le da cohesión al patrimonio, no es la personalidad, sino el destino o fin específico que se le asigne al conjunto de bienes que lo conforman. Es la llamada teoría del patrimonio-afectación. Esta teoría contrasta con la anterior a partir del Código civil alemán (B.G.B.), por el concepto de cosa que en él se refiere, y es el resultado del movimiento de mercantilización del Derecho privado después de la primera revolución industrial.

Para Planiol y Ripert, precursores de esta tesis, el patrimonio es "...una universalidad ...un conjunto de bienes y de deudas inseparablemente ligados, por estar afectos a un fin

económico ...”<sup>56</sup> Si hay patrimonios que pertenecen a *alguien* también los hay que pertenecen a *algo* por estar destinados a un fin.

Es decir, lo que le da autonomía al patrimonio es la función para la cual se destinen los bienes que lo conforman. Esta teoría sirve para recordarnos que junto al patrimonio personal, existen otras formas de patrimonio que pueden o no estar integrados al patrimonio general de una persona, pero su cohesión dependerá de la realización de unos fines especiales. Habrá tantos patrimonios como afectación de bienes exista.

El Código civil para el Distrito Federal de 1928, reconoce la existencia de una pluralidad de patrimonios independientes del patrimonio entendido en sentido general. Los artículos del 723 al 746 regulan el patrimonio familiar, incluyendo dentro del mismo la vivienda familiar y las parcelas cultivables en su caso, bienes de los que podrán disfrutar las personas a las que deba alimentos quien lo constituye y su cónyuge, protegiéndolos de todo acto de enajenación, embargo o gravamen que les pudiere afectar. Los bienes que conformen este patrimonio, serán inscriptos en el Registro Público.

El Libro Tercero del Código civil para el Distrito Federal recoge todo lo relacionado con las sucesiones. Abierta la sucesión de una persona fallecida, se forma el patrimonio hereditario con todos los bienes del difunto, sus derechos y obligaciones no extinguidas con su muerte. Esta masa hereditaria es independiente del patrimonio de los herederos, al punto de que estos responderán de las cargas de la herencia sólo hasta donde alcance la cuantía de los bienes que heredan, y nunca las asumirá a costa de su patrimonio personal.<sup>57</sup>

Se censura, por otra parte, la separación extrema que hace entre el patrimonio y la persona, queriendo ignorar la vinculación personal que entraña su misma idea, el influjo de la condición de la persona sobre la condición del patrimonio y viceversa. Pero la crítica más severa que puede hacerse a esta teoría, que se repite constantemente, es la consideración

---

<sup>56</sup> Planiol, Marcel y George Ripert. *Tratado elemental de Derecho civil*. Tomo III. Editora Cultural, S.A. La Habana. Cuba. 1946. p. 13.

<sup>57</sup> *Código civil para el Distrito Federal*. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. 1993.

netamente dineraria y estrecha del patrimonio, ignorando la existencia de bienes no apreciables en dinero, pero de innegable naturaleza patrimonial, que forman parte de este concepto.

Una tercera corriente en que se destacan las conocidas como teorías *realistas* o *pluralistas*, descansa en la crítica a las teorías personalistas y finalistas. Según ellas no puede hablarse de patrimonio como algo distinto de los bienes y derechos que conforman su contenido, es el nombre que se utiliza para designar la suma de bienes y derechos que corresponden a una persona.

El maestro José Castán Tobeñas rechaza críticamente las teorías anteriores, elaborando una concepción negativa del patrimonio, expone que "...en el patrimonio hay siempre una idea de cohesión y de unidad, pero ésta no debe de ser exagerada. Luego hemos de ver que esas supuestas notas de universalidad y unidad abstracta, no es claro que sean atribuibles a todas las especies de patrimonio y deban entrar, por consiguiente, en la definición general del mismo. Por otra parte tampoco parece esencial a la idea del patrimonio una concepción unitaria de su estructura o contenido, que abarque el activo y el pasivo, los derechos y las obligaciones."<sup>58</sup> Y concluye afirmando que el patrimonio es 'el conjunto de derechos, susceptibles de estimación pecuniaria, íntimamente ligados entre sí por su afección a los fines generales de una persona —como centro de su poder jurídico—, o por su afectación a un destino especial y a los que la ley, en algunos casos, otorga la consideración de una unidad abstracta (*universitas iuris*) de la que forman parte también las obligaciones del titular."<sup>59</sup>

### **3.- El patrimonio moral.**

Pocos autores admiten expresamente la existencia del patrimonio moral. Fuera de la obra de Aubry y Rau ya mencionada, la del maestro Ernesto Gutiérrez y González, y un

---

<sup>58</sup> Castán Tobeñas, José. *Derecho civil español, común y foral*. Ob.cit. p. 649.

<sup>59</sup> *Ibid.* p. 581.

artículo publicado en 1914 por Carnelutti, sólo pudo encontrarse breves menciones que sobre el tema hacen Manuel de Cossio y José Royo Jara.

Francesco Carnelutti, refiere que con la estricta finalidad de salvar el obstáculo de la transmisibilidad hereditaria y de construir una teoría que jurídicamente pueda resultar idónea para que los herederos hagan valer el derecho de su causante en materia de daños morales, los bienes jurídicos de la personalidad constituyen también, junto con los de valor pecuniario o económico, el ámbito del acervo patrimonial, concepción que fue recogida por alguna doctrina italiana de la época.<sup>60</sup>

Manuel de Cossio, por su parte, al explicar los conceptos de honor y derecho al honor, hace una serie de valoraciones de otras definiciones que, según su criterio, son dignos de tener en cuenta al momento de definir el derecho al honor, y expone. 'Como consecuencia de todo lo anterior, existe la consideración extendida en la doctrina, de que todo ello es lo que se configura como el patrimonio moral de la persona, que constituye un bien jurídico estimable ...'<sup>61</sup> Pero por más que hemos indagado, no se encuentran muchos más autores que acepten la pertenencia de esos bienes y derechos de la personalidad como parte del patrimonio moral del individuo, sino que, más bien por el contrario, insisten en la extrapatrimonialidad de los mismos.

José Royo Jara admite la existencia del patrimonio moral cuando se refiere al derecho a la imagen, por sus afinidades con el patrimonio económico personal, sin que se pueda negar que el derecho a la imagen traspasa los límites meramente personales, para convertirse en efectos patrimoniales.<sup>62</sup>

---

<sup>60</sup> Carnelutti, Francesco. *Natura del diritto del superstiti nella legge degli infortuni*. Revista de Derecho Comercial. 1914 -I. Roma, Italia. pp. 403-435.

<sup>61</sup> Cossio, Manuel de. *Derecho al honor. Técnicas de protección y límites*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, España. 1993. pp. 39-49.

<sup>62</sup> Royo Jara, José. *La protección del derecho a la propia imagen. Actores y personas de notoriedad pública*. Editorial Cólax. Madrid, España. 1987. pp. 24 y 25. En una de sus notas a pie de página señala la aceptación de la pertenencia de los derechos de la personalidad al patrimonio moral de la persona que hace Manuel Gitrana González en el trabajo que para la voz *Imagen, derecho a la propia*, realizó para la Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, Barcelona, España. 1962. Tomo XI, p.307.

Trataremos, auxiliados por los mencionados juristas, de llegar a la conclusión de que verdaderamente debe entenderse y admitirse la existencia de un patrimonio moral conjuntamente con el pecuniario, aplicando un razonamiento lógico.

Los destacados profesores de Estrasburgo entienden el patrimonio como un conjunto de bienes que conforman una universalidad de derecho —vista en la unión de la pluralidad de elementos que lo componen— y que pueden ser de naturaleza y origen muy diverso, que se concentra en una misma persona —característica que también nos induce a pensar en la idea de universalidad del patrimonio—. Con esta aseveración admiten la variedad de elementos que pueden integrar el patrimonio de una persona, no circunscribiéndolo a su aspecto pecuniario. Ni el origen etimológico de la palabra, ni su efectivo contenido hacen pensar que deban entenderse como parte del patrimonio, únicamente aquellos bienes de apreciación dineraria. Los derechos de la personalidad o el patrimonio de índole no pecuniaria, además de su naturaleza moral, tienen un innegable contenido económico.

Debemos oponernos a la limitación del contenido pecuniario que se atribuye al patrimonio pues sería negar la importancia y las derivaciones económicas que puede acarrear el reconocimiento de cualquiera de los derechos de la personalidad. Es tan preciado tener una suma de dinero, como un buen nombre, el honor, la propia intimidad a salvo de indiscreciones o la vida. Y quién puede discutir la naturaleza económica que también deriva de estos derechos.

Es por ello que debe verse al patrimonio en un doble contenido: pecuniario y moral, de igual importancia uno y el otro.

Ya quedó perfectamente definido el origen etimológico de la palabra *patrimonio*, y nada conduce a pensar en el contenido puramente pecuniario de este concepto que histórica y erróneamente se le ha vinculado. Recalcamos el aspecto pecuniario, porque estimamos,

dadas las consideraciones vinculadas al dinero contante y sonante que usualmente ha tenido el concepto, que es este el único significado que por extensión se atribuye al patrimonio.<sup>63</sup>

Todo lo que no tuviera un carácter económico, o determinable en dinero, quedaba fuera del patrimonio. Pero las sociedades han sufrido constantes transformaciones; no debe desconocerse el carácter histórico-concreto que desempeña el Derecho, reflejo de la realidad plasmada jurídicamente, y ya con el tiempo no sólo fueron apreciados los valores materiales, sino también los morales, valores afectivos de las personas, de la comunidad, que adquieren cada vez mayor relevancia.

Empezaremos por exponer los argumentos esgrimidos por algunos de los tratadistas que niegan el contenido patrimonial de los derechos de la personalidad que conforman esencialmente el patrimonio moral del individuo.

Los bienes protegidos por los derechos de la personalidad, por razones quizá más cercanas al puritanismo que a la razón, no pueden ser valorables en dinero; repugna esta idea a la gran mayoría de los tratadistas que niegan el contenido patrimonial de los mismos. Por esta misma razón no son bienes enajenables, es decir, no puede disponerse de los mismos, lo que equivale a decir que son intransmisibles, irrenunciables, inembargables, e imprescriptibles. Hablar de patrimonio moral, o cualquier otra expresión semejante que pretenda incluir dentro del mismo a los derechos de la personalidad, es una extensión indebida que sólo producirá confusión en términos ya sentados por la doctrina, que sólo admite como única nota de lo patrimonial, la valoración económica o dineraria de los bienes y deudas que forman su contenido. Sólo cuando el daño o perjuicio acarreado a estos derechos implique una indemnización pecuniaria, es cuando formará parte del patrimonio.<sup>64</sup>

---

<sup>63</sup> Peculio significa hacienda o subpatrimonio del *pater familias* creado por entrega (*traditio*) a un *filius familiae* o un esclavo que debía administrarlo. Este subpatrimonio podía ser un rebaño, un rancho o un taller. La palabra se deriva del latín *pecunia* que eran los bienes que se tenían en ganado o rebaño, por haber servido éste de estimación indirecta en los primeros cambios o relaciones comerciales, en la permuta de una cosa por otra. Según Ulpiano (D.15.1.5.3) su tratamiento deriva de la acepción de pecunia como sinónimo de dinero, de moneda. Hoy día conserva la acepción de dinero que aceptaban los romanos.

<sup>64</sup> Pacheco Escobedo, Alberto. Ob.cit. p.72.

Curiosamente, quienes se empeñan en negar la existencia del patrimonio moral, aceptan los efectos patrimoniales —léase, económicos— que normalmente se producen ante la violación de los derechos de la personalidad.

La indisponibilidad atribuida a estos derechos debe verse con un criterio no radical, sino relativo. Debe referirse a la personalidad misma, supuesto indispensable de todos estos derechos; lo cual no impide reconocer que algunos de ellos admiten un cierto rango de disponibilidad, relacionada con el legítimo ejercicio de tales derechos, como ocurre, por ejemplo, en los actos de disposición del propio cuerpo, o el cadáver. Estas características de intransmisibilidad, irrenunciabilidad, e imprescriptibilidad, sólo denotan el estrecho marco que tiene la autonomía de la voluntad en todo lo que suponga quebranto de estos derechos.

Por otra parte, pensemos si efectivamente no tienen valor económico estos derechos, analizando sólo uno de ellos, quizá el más importante: la vida humana.

La vida es, si nos animamos a hacer una estandarización en el orden de los derechos de la personalidad, el primero de ellos, pues sin ella los demás no tendrían sentido, el resto dejaría de existir; con la vida comienzan, y terminan con su existencia. Ello no significa que desde el punto de vista axiológico el resto de los derechos no tengan la misma jerarquía, pues todos están dirigidos a proteger el goce y la satisfacción de aquellos intereses, necesidades, beneficios materiales y espirituales que todo ser humano merece.

La vida humana no tiene, por sí misma, un valor económico o patrimonial, pues no está en el comercio, y no tiene por tanto un valor de uso o de cambio. Vale cuando, puesta en relación con otras personas o cosas, produce bienes apreciables económicamente, pero en consideración a sí misma, sin relación al bien que pudiere producir, no puede cotizarse en dinero. Sin embargo, nadie puede discutir que tanto la vida humana, como las aptitudes humanas —la inteligencia, la habilidad técnica, la belleza del rostro o del cuerpo— si

representan un valor económico, de ellos derivan bienes materiales en cuanto son instrumentos de adquisición de ventajas económicas.

Esto quiere decir lo siguiente: la vida es una fuente de ingresos y obtención de ventajas patrimoniales para quien durante su vida desempeña una actividad lucrativa; podrá formar así, un patrimonio con los frutos que la actividad humana produce apreciables económicamente. La privación de la vida no producirá para esa persona perjuicio alguno puesto que la muerte determina el fin de la persona. Pero si pudiera implicar perjuicios, a veces graves, para otras personas.

La privación de los beneficios actuales o futuros que la vida de una persona producía a otros, provoca un daño que debe ser resarcido por el culpable de esa pérdida. Entonces la valoración de la vida humana significa la cuantificación del perjuicio que sufren aquellos que recibían de una forma u otra, los bienes económicos que el extinto generaba.

Otros autores asumen una posición más flexible al respecto y distinguen la esfera jurídica del sujeto de derecho, de la porción determinada de aquella esfera representada por el patrimonio cuya concepción estrictamente jurídica encuadra determinados derechos y relaciones. 'El concepto de patrimonio no puede ser estrictamente económico, pero tampoco puede prescindirse para formularlo de un substrato de carácter económico, ya que cuando el derecho subjetivo sirve únicamente a fines de carácter ético se desvanece su naturaleza patrimonial; el derecho adquiere carácter patrimonial cuando sirve a fines económicos, o sea, cuando permite que un determinado bien, medio o recurso sirva a las necesidades del titular. Por ello se ha dicho que de entre los derechos que constituyen el círculo jurídico de una persona, existe un conjunto de ellos, de carácter privado, que sirve para la satisfacción de las necesidades de aquélla, y este conjunto recibe el nombre de patrimonio, y los derechos que lo integran el de patrimonial, perfectamente diferenciados de los derechos de la persona y de familia.'<sup>65</sup>

---

<sup>65</sup> Carreras, Jorge. *El embargo de bienes*. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. España. 1957. pp. 149 y 150.

Una definición quizá un poco influida por las creencias de su autor, pero válida para apoyar la idea de la existencia de un contenido también moral del patrimonio, la ofrece Germán Repetto y Rey en su obra *La incautación del cadáver humano con fines terapéuticos ante la ética y el Derecho*, cuando expone que, 'El Derecho es fundamentalmente patrimonial. Normativamente ampara y defiende el patrimonio de las criaturas y, muy especialmente, el del hombre. El primer patrimonio, que conjuntamente con la vida, recibe el hombre de Dios es su cuerpo, que con su alma, en conjunción indisociable, forma esa gran obra terrena de Dios.'<sup>66</sup>

Expuestas las opiniones en favor y en contra de considerar la existencia de un ámbito moral propio del individuo como parte de su patrimonio, pesa más, por su lógico entendimiento, la corriente que admite que el patrimonio moral no sólo existe, sino que su contenido corresponde con los denominados derechos de la personalidad. Tan o máspreciado que todo valor material puede significar para un sujeto el respeto a su individualidad, a su reputación, a su libertad, a su vida, a su integridad, a su intimidad, a su nombre o a su cuerpo; y a pesar del contenido aparentemente inmaterial de estos esenciales valores, siempre tendrán una repercusión económica y afectiva susceptibles de reparación por la vía de la indemnización.

#### **B.- ¿Son derechos subjetivos?**

Admitida la posibilidad de la existencia de un poder jurídico sobre los atributos, cualidades o modos de ser de la persona misma, surge el problema de determinar si tales poderes resultan verdaderos derechos subjetivos o se trata de meros efectos reflejos del derecho objetivo a través de los cuales se concede a estas manifestaciones de la personalidad, una protección jurídica general.

---

<sup>66</sup> Citado por Gutiérrez y González, Ernesto. Ob.cit. p. 773.

Toda la problemática al momento de determinar la naturaleza jurídica de los derechos de la personalidad, se circunscribe a si deben o no ser considerados como verdaderos derechos subjetivos. En sentido afirmativo, queda sentada desde ahora la conformidad personal con esta posición.

Y la discusión se encamina en dos sentidos fundamentales. El primero de ellos se relaciona con la estructura, o más bien, la determinación del posible objeto que tutelan estos derechos; y el segundo de ellos se encamina a su protección.

En cuanto a la posibilidad de que el hombre sea tutelado por estos derechos de la personalidad, se presenta la contradicción, para algunos tratadistas irreconciliable e impensable, de que no se puede ser a la vez sujeto y objeto de una relación jurídica; supone la concesión de titularidad de un derecho que en principio parece tener como objeto al propio sujeto.<sup>67</sup>

La teoría del *ius in se ipsum* —o teoría unitaria— define al hombre como un sujeto con derechos sobre su propio cuerpo, considerado éste como una unidad no sólo física sino también espiritual o moral, como cosa; mientras que el objeto de cada uno de estos derechos sobre la persona propia consiste en una manifestación propia de la personalidad humana, bien sea física o moral. Esta teoría ha encontrado fuertes detractores, el principal de ellos De Castro, que rechaza por su indisoluble unidad, el desdoblamiento del hombre en sujeto y objeto, persona y cosa.<sup>68</sup>

Diversos autores han pretendido explicar que en realidad tal confusión no existe. Es correcto pensar que la persona mirada en sí misma es un presupuesto indispensable de todos estos derechos y no puede ser, por tanto, objeto de los mismos; pero a la vez, son los atributos o cualidades constitutivas de la persona las conformadoras del objeto de estos derechos. El sujeto es el hombre y el objeto, algunas de sus cualidades, ciertas

---

<sup>67</sup> Castro y Bravo, Federico. *Temas ... El Patrimonio*. Ob.cit. p. 32 y ss.

<sup>68</sup> *Ibid.* p.38.

manifestaciones esenciales de la misma persona. Toda la confusión existente en esta materia se debe a que, bajo la rúbrica de «objeto del derecho subjetivo», se mezclan elementos de la más variada índole, llegándose incluso a confundir los problemas que plantea la transmisibilidad del derecho, con lo que implica su protección.<sup>69</sup> El objeto de estos derechos son los atributos o proyecciones de la personalidad, convertidos en bienes —para De Castro y Gitrama—, o intereses del sujeto —Beltrán de Heredia—, o realidades sociales que adquieren cuerpo mediante fórmulas mentales que aluden a estados o situaciones humanas más o menos deseables —Clavería—.

‘Si bien es cierto que *idealmente*, el honor, la libertad, la integridad física, deben integrar la personalidad humana, en la práctica puede darse perfectamente el caso de que una persona se vea privada de ellos. Son, por consiguiente, separables del sujeto. Y ése es precisamente el objeto sobre el que recaen estos derechos.’<sup>70</sup>

De Castro prefiere hablar de bienes de la personalidad, entendiéndolo por bien, todo valor beneficioso, aprovechable o positivo de una realidad personal, social o material con la actitud necesaria para ser objeto de derechos subjetivos y negocios jurídicos. Como recalca Borda, nada se gana con decir que se trata de simples *bienes* jurídicamente protegidos porque desde el momento en que se admite la existencia de un «bien», se admite que el mismo es algo distinto del sujeto.<sup>71</sup>

Pero el más firmemente negado a admitir la naturaleza de derechos subjetivos a los derechos de la personalidad es Albaladejo para quien estos derechos constituyen una institución puesta al servicio de la persona para hacer valer su dignidad de tal, sin que sea

<sup>69</sup> Estas posiciones asumen Alfonso y Manuel de Cossio. Clavería por su parte, señala que el concepto de derecho subjetivo está superado y habla de una situación jurídica, incluyendo dentro de la misma, y como una de sus partes, la prerrogativa del derecho subjetivo, llegando a proponer al hombre mismo, no como persona, sino como hombre objetivado. Para Navarro Fernández la protección de la personalidad es puramente externa y lo que trata de impedir es que terceros interfieran en una esfera de la actividad del hombre. Se trata exclusivamente de una técnica de protección, ya que los derechos de la personalidad carecen de facultad de disposición.

<sup>70</sup> Borda, Guillermo A. *Tratado de Derecho civil. Parte General*. Tomo I. Décima edición actualizada. Editorial Perrot. Buenos Aires. República Argentina. 1991. p. 314.

<sup>71</sup> *Ibidem*.

preciso afirmar la exigencia de un concreto derecho subjetivo con respecto a cada uno de los atributos personales.<sup>72</sup>

Las dificultades generadas por esta polémica, han impulsado a diversos autores a dejar de lado la concepción de estos bienes como derechos sobre la propia persona, y entenderlos como aquellos que recaen sobre los modos de ser físicos y morales del individuo, es decir, como derechos subjetivos de la personalidad que protegen los atributos esenciales de la personalidad y sus manifestaciones más inmediatas.<sup>73</sup> Los tratadistas pretenden construir los derechos de la personalidad utilizando los esquemas de los derechos reales, que llevaría a conclusiones paradójicas al pretender separar de la personalidad, o mezclar con el tráfico jurídico, elementos como la libertad y la dignidad humanas.

La personalidad es una dimensión jurídica que permite al hombre estar en relación con los demás, y de ella emanan, llamémosle, poderes, que son verdaderos derechos subjetivos.

Pero, ¿qué es un derecho subjetivo? Junto con el deber jurídico y la sanción, el derecho subjetivo forma la relación jurídica. Se define por algunos como el poder o señorío de la voluntad, reconocido por el orden jurídico, olvidando en su concepto que los mismos pueden existir con independencia de la voluntad.<sup>74</sup> Otros lo definen como un interés jurídicamente protegido.<sup>75</sup>

<sup>72</sup> Albaladejo García, Manuel. *Derecho civil*. Tomo I. Volumen 2º. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. España. 1985. pp. 231 y ss.

<sup>73</sup> Para el Dr. Magallón Ibarra, debe entenderse como atributo de la personalidad todos "aquellos elementos propios y característicos, que encontramos en todas las personas y que los mismos tienen ciertas consecuencias jurídicas." y nombra como tales la capacidad, el nombre, el domicilio, el estado, la nacionalidad y el patrimonio. Ob.cit. p. 23 y p. 55. Guillermo A. Borda, por su parte, estima que la persona, por el simple hecho de existir cuenta con la protección del derecho a través del reconocimiento de ciertos atributos jurídicos inseparables de ella: los derechos de la personalidad, el nombre, el estado, la capacidad y el domicilio. Ob.cit. p. 313.

<sup>74</sup> Spota, Alberto G. *Tratado de Derecho civil. Parte general*. Tomo I. Editorial Depalma. Buenos Aires. República Argentina. p. 151. El autor señala que corresponde a la obra de Windscheid el mérito de relacionar ese poder de la voluntad con la norma, ya que es ésta la que pone a disposición del individuo ese ámbito de poder para que lo use y disfrute discrecionalmente

<sup>75</sup> Ihering fue uno de los más activos críticos de esta teoría voluntarista, concibiendo el derecho subjetivo como un interés jurídicamente protegido, esto es, es el bien que se pretende tutelar, el interés para el que el

No obstante, la idea del derecho subjetivo nos inclina más a pensar que se trata de una facultad que se plasma en norma jurídica, mediante la cual un sujeto puede efectuar determinada conducta; puede exigir de otra una conducta; o puede modificar, extinguir o transmitir determinadas situaciones jurídicas; "...es una situación que permite y posibilita a la persona justamente obrar o actuar de una determinada manera. Por ello, la única idea que califica correctamente al derecho subjetivo es la de «poder»."<sup>76</sup> Es decir, situación de poder que el ordenamiento jurídico atribuye o concede a la persona para la realización de legítimos intereses y fines dignos de tutela jurídica.<sup>77</sup>

Este poder jurídico que tiene el titular de un derecho subjetivo se asienta en la norma jurídica, pero ésta ha de reconocer a la persona, un campo de actuación libre por su misma naturaleza. La idea del derecho subjetivo implica que el hombre tiene libertad para decidir y actuar, que por serle reconocida por el ordenamiento jurídico, le da el derecho subjetivo al formularlo la norma en que se apoyan.

Esta posición también encuentra importantes detractores. Savigny por ejemplo, afirma que la vida, la integridad física, el nombre, etcétera, no constituyen derechos de la persona vistos de manera separada y distinta a ella misma, no es algo que la persona podría tener o no, sino que es intrínseco a su naturaleza. Respaldo por las teorías que enaltecieron a la Revolución francesa, estima que el concepto mismo de persona presupone un ser humano libre, vivo, con honor y dignidad para sí y para la comunidad, con propia individualidad. Spota advierte que los llamados derechos de la personalidad no pueden ser considerados derechos subjetivos, ya que en ellos sólo se destaca el derecho objetivo y el deber jurídico que pesa sobre todos de atenerse a las reglas que tutelan la libertad o la vida

---

ordenamiento jurídico presta su protección, sin que para nada intervenga la voluntad, más que para el establecimiento del derecho.

<sup>76</sup> Díez-Picazo y Ponce de León, Luis y Antonio Gullón Ballesteros. Ob.cit. p.285.

<sup>77</sup> Por ello hay que diferenciar los derechos subjetivos de otros conceptos como el de potestades (que alude a poderes jurídicos que se atribuyen a la persona para la defensa de los intereses de otra persona); facultades (posibilidad de actuación que se atribuyen a la persona como contenido de un derecho subjetivo más amplio o aisladamente, con independencia de cualquier tipo de derecho); y acción (posibilidad de acudir ante los tribunales de justicia).

de los miembros de la colectividad; posición que contradice y desvirtúa en los volúmenes posteriores de su *Tratado de Derecho civil*.<sup>78</sup>

La nota característica de un derecho subjetivo, según esta concepción, es la facultad que explícitamente le concede el derecho objetivo de su tutela; la protección que dispensa el derecho objetivo a la vida, la integridad, la individualidad, el honor de una persona, existe con independencia de quién sea su titular. Es decir, un derecho subjetivo nace una vez ocurrida la lesión, derecho subjetivo amparado por el ordenamiento objetivo, y no ocurre así en el caso de los derechos de la personalidad existentes desde antes de la posibilidad de que sean violados, y aparece el derecho subjetivo sólo como el derecho a pedir la indemnización por parte del ofendido.

Otra teoría, conocida como pluralista, atribuida fundamentalmente a Adriano de Cupis, estima que el objeto de los derechos de la personalidad lo constituyen los modos de ser físicos o morales de la persona.<sup>79</sup> Con esta concepción se mantiene de manera más razonable la tutela jurídica de estos derechos que con la idea unitaria del *ius in se ipsum* por centrarse en aquellos bienes personales más específicos a los que el Derecho interesa verdaderamente atribuir valor jurídico.

La teoría negativa de la naturaleza jurídica de los derechos de la personalidad entiende que la protección de la esfera de la personalidad debe utilizar como figura central, no la del derecho subjetivo, sino la del bien jurídico. Sobre los bienes de la personalidad se ejercen simples facultades derivadas de la misma idea o concepto de la personalidad jurídica, que cuando toman aspectos menos esenciales de la misma como el nombre y la imagen, estas facultades pueden alcanzar cierta independencia hasta tomar algunos caracteres propios de los derechos subjetivos.

---

<sup>78</sup> Cfr. Spota, Alberto G. Ob.cit. Vols. 3 y 5.

<sup>79</sup> Citado por Madrideojos Sarasola. *Estudios de Derecho Privado*. Tomo I. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España. 1969. p.160.

Otro argumento esgrimido por los opositores de considerar los derechos de la personalidad como derechos subjetivos es la falta de tipificación de los mismos. Se puede oponer a ello, además de la posibilidad de existencia de derechos subjetivos atípicos, los cuales no nos atrevemos a asegurar, el hecho de que bastaría la mención y el establecimiento de medidas protectoras generales, sin que sea imprescindible una descripción pormenorizada de poderes concretos, o de su objeto. A veces será la jurisprudencia, en las soluciones casuísticas adoptadas, quien vaya perfilando progresivamente cada uno de estos modos de protección. Asimismo, la inexistencia de facultades concretas o poderes jurídicos efectivos antes o al margen de la violación de los intereses que los derechos de la personalidad pretenden proteger, es argumento en contra de esta consideración; es decir, al margen de la violación del interés protegido no confiere la ley poder alguno al pretendido titular, el derecho subjetivo surge sólo después de la lesión inferida. Esto ya hoy no es así, cualquier persona puede exigir la adopción de medidas cautelares para prevenir el riesgo contra su esfera corporal o espiritual o puede interrumpir una actividad de otros que perjudique o amenace con perjudicar su integridad física, su honor o su intimidad.

Desde el segundo punto de vista desde el cual se analiza la naturaleza jurídica de estos derechos, es el de su protección. Las dificultades dogmáticas surgidas en este sentido, atañen a la verdadera función de su tutela jurídica por ser escasas las normas de Derecho privado que los amparan; son por lo general normas de carácter público, sea constitucional y sobre todo penal, las que sancionan los ataques contra los bienes objeto de los derechos de la personalidad.

La protección se manifiesta en el resarcimiento de los daños por su violación, y si no se concede un carácter patrimonial a estos derechos de la personalidad, encontraremos serias dificultades y un sinnúmero de obstáculos para su debida protección.

La casi totalidad de las posiciones que niegan a estos derechos la categoría de derechos subjetivos verdaderos, sostienen en contra la falta de su contrapartida, el deber jurídico que debe acompañar a toda facultad del titular. Esto no es exactamente así; el deber

correlativo los derechos de la personalidad consiste en la obligación que pesa sobre todos los integrantes de un grupo social de respetar esos mismos derechos para con sus semejantes, es decir, el deber general de respeto.<sup>80</sup>

Los bienes que satisfacen nuestros deseos, aspiraciones y necesidades lo mismo pueden estar dentro de la propia persona que fuera de ella; basta la posibilidad de ser susceptibles de dominación para considerarlos bienes en sentido jurídico. Los derechos de la personalidad serán así una nueva categoría al lado de los derechos subjetivos en general, con sus propias notas sobresalientes.

### **1.- Tipos y contenido de los derechos subjetivos.**

La categoría del derecho subjetivo ha sido objeto de distintas clasificaciones doctrinarias. Para este estudio sólo interesan los tipos o clases de derechos subjetivos que a continuación se mencionan.

**a.- Derechos subjetivos públicos:** se dan en las relaciones de Derecho público existente entre el Estado y los ciudadanos, en donde existen derechos en favor de ambos (por ejemplo, exigir prestaciones tributarias o de servicios, derecho al voto o a servirse de las instituciones públicas, etcétera). Pero debe reservarse esta expresión únicamente para los derechos de los cuales es titular la persona frente al Estado o la Administración Pública, pues el Estado no es titular de derechos frente al individuo.<sup>81</sup>

**b.- Derechos subjetivos privados:** se subdividen a su vez, en tres categorías de acuerdo a la naturaleza de los bienes o intereses sobre los que recaen, a saber:

---

<sup>80</sup> Borda, Guillermo A. Ob.cit. p. 314.

<sup>81</sup> Díez-Picazo y Ponce de León, Luis y Antonio Gullón. Ob.cit. p. 287.

**b°.-** derechos de la personalidad: derechos atribuidos a la persona sobre su propia esfera de la personalidad para defensa de los atributos y cualidades de la misma.

**b''.-** derechos de familia: derechos atribuidos a la persona como consecuencia de la posición de ésta dentro de las relaciones de naturaleza familiar.

**b'''.-** derechos patrimoniales: poderes destinados a realizar fines económicos de la persona.

El contenido o ámbito de actuación perteneciente al titular del derecho subjetivo respecto del objeto sobre el que recae, puede ser abstracto o concreto. En el primero, el derecho subjetivo comporta tres planos fundamentales: las facultades o poderes de actuación concedidos o reconocidos a la persona; los deberes y cargas que constituyen la situación especial impuesta por el derecho a otras personas. Por regla general son deberes de respeto de la situación del titular, o conductas que el titular del derecho subjetivo ha de cumplir para obtener la satisfacción de un interés. Finalmente, la protección jurídica, entendida como la posibilidad de reclamar ante los órganos del Estado o los órganos de administración de justicia, a fin de que éstos intervengan en defensa del interés. El contenido específico está definido *prima facie* por la ley, es decir, debe acudir a la ley para encontrar en ella la definición del contenido, pero vista sistemáticamente, complementando unas normas con otras.

Atendiendo a esta segunda clasificación, el Dr. Guitrón Fuentevilla considera más adecuada la denominación de «derechos subjetivos humanos fundamentales de la persona física jurídica» para referirse a los derechos de la personalidad.<sup>82</sup> Como ya quedó perfectamente delimitado en el apartado C de este capítulo, la denominación de derechos humanos está reservada para aquellos consustanciales al hombre amparados en el plano

---

<sup>82</sup> Guitrón Fuentevilla, Julián. *Derechos humanos subjetivos fundamentales*. Revista de la Facultad de Derecho de México. Edición conmemorativa del cincuentenario de la publicación. Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F. 1991. p. 636.

internacional, y que ha sido, a partir de las revoluciones burguesas, el objeto y fin del más vivo y constante deseo de realización y respeto y lo más digno y supremo de alcanzar para la definitiva armonía de la convivencia humana. Igualmente, el complemento de fundamentales se aplica desde el momento en que esos derechos humanos esenciales, alcanzan el debido reconocimiento en la legislación positiva constitucional de cada país en concreto.

Aclarar que se trata de derechos subjetivos de la persona física jurídica es un exceso injustificable si se tiene desde un principio perfectamente claro que el sujeto de protección será siempre la persona física individual, el hombre entendido no como ser biológico u organismo viviente, ni como ente filosófico, psicológico o moral, sino solamente en cuanto sujeto capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones y deberes jurídicos.

Finalmente, el objeto de protección de los derechos de la personalidad no es propiamente la persona, sino las proyecciones físicas o psíquicas de su personalidad que al Derecho, atendiendo a las condiciones imperantes en cada momento y lugar, interesa prioritariamente amparar contra todo atentado. Por estas, y el resto de las razones expuestas en el transcurso de este capítulo, la denominación correcta y universalmente aceptada para denominar a los bienes con que cuenta el hombre para el disfrute sobre sí mismo, y sobre sus modos de ser físicos y morales, es el de *derechos de la personalidad*.

## **V.- Clasificación de los derechos de la personalidad.**

Se separa de la idea de los derechos de la personalidad propiamente dichos otros poderes o situaciones que a veces se presentan entremezclados con aquellos, por ejemplo, el derecho a alimentos, al trabajo, a la propiedad, sin cuyo disfrute efectivo, los derechos de la personalidad carecerían de verdadero sentido y virtualidad.

La tesis monista defendida fundamentalmente por Gierke, plantea que a través de un derecho unitario de la personalidad se puede obtener una protección directa de toda ella en

cualquier aspecto en que pueda ser lesionada, sin necesidad de tener que ir creando figuras o derechos nuevos a medida que vayan apareciendo nuevos aspectos vulnerables o riesgos antes no existentes para la personalidad. En favor de la tesis monista pudiera invocarse la mayor flexibilidad que se confiere al juzgador permitiéndole una mayor adaptabilidad a las nuevas necesidades e instancias sociales. Esta teoría incurre en el error de entender que los derechos de la personalidad agotan el concepto mucho más amplio de personalidad; ni uno ni todos los derechos subjetivos previstos en los diversos ordenamientos jurídicos, son capaces de tutelar integralmente la compleja realidad en que consiste la personalidad humana.<sup>83</sup>

Estrada Alonso, partidario de la noción pluralista de los derechos de la personalidad considera que, no obstante, no deberíamos desdeñar del todo la teoría monista, pues "...la construcción de un general derecho de la personalidad, a modo de figura abierta y supletoria que llene los vacíos olvidados por la tipificación especial de cada derecho concreto, puede facilitar las cosas para un futuro no muy lejano en que las agresiones a los atributos de la persona como el sueño, el dolor, la imaginación, la tristeza o la alegría, puedan ser también protegidas jurídicamente."<sup>84</sup> Pero esto no es más que el reflejo del condicionamiento histórico-temporal que acompaña a esta institución jurídica, que irá enriqueciendo, aumentando, o eliminando algunas de sus manifestaciones según lo exija la realidad jurídico-social imperante.

En favor de la tesis pluralista también puede argumentarse la vaguedad implicada en el contenido de un único y general derecho de la personalidad, que se corresponde con una concepción exageradamente individualista. La existencia de un solo derecho de la personalidad significaría partir del principio de la intangibilidad de la esfera personal, siendo excepcionales las injerencias legítimas de los demás en dicha esfera. El tratamiento jurídico

---

<sup>83</sup> Sobre las distintas posiciones asumidas por la doctrina en cuanto a considerar un derecho de la personalidad, o varios derechos de la personalidad. Cfr. Rogel Vide, Carlos. *Bienes y derechos...* Ob.cit. pp. 35-38.

<sup>84</sup> Estrada Alonso, Eduardo. *El derecho al honor en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo*. Cuadernos Cívitas. Editorial Cívitas, S.A. Madrid, España, 1988. p. 40.

separado de cada uno deriva de que cada interés tiene características propias y requieren de una especial protección.

El hecho de que exista una miríada de derechos de la personalidad no es incompatible con la unidad psicosomática de la persona. Cada uno de los derechos subjetivos se ocupa de la tutela de una parcial faceta de la rica y compleja personalidad que no se agota definitivamente en el mosaico que de éstos han recogido los diversos ordenamientos jurídicos nacionales; la persona humana es una realidad inacabada en su constante, fluido e ininterrumpido proceso de autocreación.

La historia de los derechos de la personalidad muestra que de tiempo en tiempo aparece un nuevo interés jurídico anteriormente ignorado que resulta merecedor de tutela jurídica, como también se eliminarán otros ya existentes que dejen de ser importantes para el Derecho. Lo precedentemente expuesto está ampliamente corroborado: hace algo más de cincuenta años no se conocía a nivel jurídico positivo el derecho a la intimidad personal y familiar, a pesar de que teóricamente comenzó a hablarse del tema desde finales del pasado siglo.

Para De Castro existen dos grandes especies dentro del género de lo que él denomina «bienes de la personalidad»: bienes *esenciales* (la vida, la integridad corporal y la libertad) y bienes *sociales e individuales* (honor y fama, intimidad personal, imagen y condición de autor).<sup>85</sup> Los bienes esenciales son los que atañen a la existencia física o jurídica del ser humano, y los sociales e individuales son los que pueden ser separables del propio ser de la personalidad, pero le atañen directamente. Agrega además otra categoría a la que denomina bienes *corporales y psíquicos* secundarios, que se apoyan o están relacionados directamente con los bienes distinguidos como principales, entre los que se encuentran la salud física y psíquica, los sentimientos y la estima social.

---

<sup>85</sup> Castro y Bravo, Federico dc. *Temas...* Ob.cit. pp. 10 y ss.

El Maestro Gutiérrez y González divide los derechos de la personalidad, para su estudio, en tres grandes campos: una parte social pública que incluye el derecho al honor o reputación, el derecho al título profesional, el derecho al secreto o a la reserva, el derecho al nombre, el derecho a la presencia estética y los derechos de convivencia; una parte afectiva que comprende los derechos de afección familiar y de amistad; y una parte físico somática que incluye el derecho a la vida, a la libertad, a la integridad física, los derechos sobre el cuerpo y los derechos sobre el cadáver.<sup>86</sup>

Pacheco Escobedo a su vez, separa para su estudio en seis apartados los diversos derechos de la personalidad comenzando por el derecho a la vida, y sigue con los derechos sobre el cuerpo humano propio y ajeno, el derecho sobre el cadáver, el derecho a la libertad personal, y terminar con el derecho a la individualidad (derecho al nombre y los derechos extrapatrimoniales de autor) y el derecho a la consideración social (derecho al honor y la fama, a la intimidad, y a la propia imagen).<sup>87</sup>

Muy discutida y dudosa es la inclusión del derecho moral del autor como un derecho de la personalidad. Federico de Castro, coincidiendo con Castán Tobeñas, estima que ‘El hombre, en su hacer de cada día, y con sus obras, va forjando su personalidad y también la revela a los demás. La historia de cada uno está formada por la atribución de sus actos...’<sup>88</sup>

Contraria a esta postura se muestra la casi totalidad de la doctrina más autorizada. Beltrán de Heredia se opone argumentando que ‘...los derechos de autor, en sus diversas manifestaciones, implican una exteriorización que afecta no al ingenio en sí, ni a la posibilidad o libertad de su actuación, sino a sus expresiones concretas. Suponen una creación que, como la literaria o la artística, sale fuera de nuestro ser personal.’<sup>89</sup> En idéntico sentido se manifiesta Bercovitz pues ‘...no cabe configurar la propiedad intelectual como la conjunción de dos derechos (uno económico y otro moral)...sino como un derecho

---

<sup>86</sup> Gutiérrez y González, Ernesto. Ob.cit. p. 762.

<sup>87</sup> Pacheco Escobedo, Alberto. Ob.cit. p. 59.

<sup>88</sup> Castro y Bravo, Federico. *Temas...* Ob.cit. p. 21.

<sup>89</sup> Beltrán de Heredia y Castaño, José. Ob.cit. p. 55.

único e inescindible, de naturaleza especial, en el que los aspectos personalistas y patrimoniales son inseparables y se potencian recíprocamente.”<sup>90</sup>

Definitivamente, el derecho moral de autor no constituye un auténtico derecho de las personalidad, pues, si bien cualquier obra es un producto del hombre, se trata de un bien externo a la persona que no cumple con los caracteres propios que distinguen a estos derechos, y no se encuentra presente en la totalidad de los seres humanos.

Si aceptamos la tesis pluralista que reconoce la existencia de numerosos derechos de la personalidad, y no los trata de manera singular como el derecho de la personalidad, y sólo persiguiendo fines metodológicos, en el presente trabajo se dividirán para su desglose, según se trate de derechos que incidan en la esfera espiritual o psíquica del individuo, y los relativos a la esfera corporal o física. Entre los primeros se encuentran el derecho al honor, el derecho a la intimidad personal y familiar, el derecho a la imagen, al nombre, a la identidad personal; y entre los segundos, el derecho a la vida, a la libertad, a la integridad física, y al propio cuerpo vivo o muerto.

La persona es una unidad psicosomática y, como tal, debe ser jurídicamente protegida. La tutela no puede limitarse o contraerse a sólo determinados y precisos aspectos de la personalidad, en desmedro de otros, sino que dicha protección ha de ser integral y unitaria. Los diferentes derechos de la personalidad, en cuanto cada uno de ellos tutela un determinado específico aspecto de un todo unitario en que se constituye la persona, son esencialmente interdependientes y reconocen en la persona a su único común fundamento; cada uno reconoce y reglamenta la tutela de un particular aspecto de la personalidad, afirmación que no niega la unidad ontológica del ser humano.

---

<sup>90</sup> Bercovitz Rodríguez Cano, Rodrigo. *Derecho de la persona*. Editorial Montecorvo, S.A. Madrid, España. 1976. p. 209.

## CAPÍTULO SEGUNDO

### CONTENIDO DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

Este capítulo estará dedicado al estudio del contenido esencial de cada uno de los derechos y bienes de la personalidad que según nuestro criterio forman parte del patrimonio moral de una persona, tan, o en ocasiones más importantes, que todo aquel susceptible de ser valorado en dinero.

Se trata, entre otras cosas, de determinar si existe, como ya se ha mencionado, una pluralidad de derechos subjetivos de la persona, o si, por el contrario, hallamos un único derecho que integra y conjuga a todos los tradicionales derechos de la personalidad. La persona debe ser entendida de una manera unitaria e integralmente tutelada; ello no significa reconocer la existencia de un solo derecho, sino identificar singulares intereses existenciales dignos de tutela, a los que se les brinda un reconocimiento normativo mediante la creación de sendos derechos subjetivos.

Estos derechos subjetivos se van configurando paulatinamente a través del tiempo, y nunca podrá hacerse un catálogo cerrado y definitivo de los mismos, pues la realidad que se vaya presentando en cada una de las sociedades, permitirá estimar o no como tal, un determinado derecho. Para demostrar la certeza de esta afirmación recurrimos al ejemplo tan conocido mencionado por el maestro Ernesto Gutiérrez y González, sobre el derecho de «pernada» del cual gozaba el señor feudal sobre la recién estrenada esposa de uno de sus vasallos, considerado un gran honor en esa época, pero completamente inmoral en la actualidad;<sup>1</sup> además, la naturaleza de la persona determinará que de vez en cuando se detecten nuevos intereses tutelados por el Derecho, para proteger otras nuevas facetas de la personalidad. Es por ello que ninguno podrá ser autónomo en su existencia aunque pueda tratárseles teóricamente de una manera sistematizada, sólo con fines metodológicos.

---

<sup>1</sup> Gutiérrez y González, Ernesto. Ob.cit. p. 774.

## I.- Aquellos que atañen a la naturaleza interna y psíquica de la persona.

### A.- Derecho al honor.

#### 1.- Evolución histórica.

Originalmente los derechos de la personalidad fueron una categoría desconocida para los ordenamientos jurídicos antiguos. Pueden catalogarse como una conquista jurídica del último siglo entendidos como derechos subjetivos; no obstante sería un error afirmar que antes no se conociese de la protección jurídica de valores de la personalidad.

Ya desde las Doce Tablas se conoce la *actio iniuriarum* utilizable contra las ofensas y el desprecio hacia la fama y la dignidad de una persona. En la época romana el honor tenía bastante más valor que la propia vida entre las clases militares y los nobles. En etapas intermedias (Edad Media) el honor se identificaba con el comportamiento más o menos honesto de la mujer, como ha quedado plasmado en la literatura, reflejo de la vida social de los pueblos.

En España, el Fuero Juzgo contiene entre sus principios el respeto a la personalidad humana y entre sus valores primarios, la honra y la dignidad. La importancia del honor para los españoles, sentimiento heredado por los pueblos de América que fueron sus colonias, se aprecia muy bien a través de las obras del teatro clásico de la época. Calderón de la Barca, además de máximo cultivador de los dramas de honor, fue también el espejo de la sociedad de su tiempo.

Pedro Crespo: "*Con mi hacienda,  
pero con mi fama no.  
Al Rey la hacienda y la vida  
se ha de dar; pero el honor  
es patrimonio del alma,  
y el alma sólo es de Dios*"<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Calderón de la Barca, Pedro. *El Alcalde de Zalamea*. Edición, introducción, notas, comentario y apéndice de José Enrique Martínez. E.G. Anaya. Madrid. España. 1987. p. 67. La clave temática de esta obra es la dependencia al rey en cuanto a cuerpo y bienes y de Dios en cuanto al alma y al honor. Sus temas son la

El sentimiento de honor ha tenido en las distintas épocas un significado diverso. Hubo una etapa en la Historia de muchas sociedades en la cual el honor era como un centro espiritual, hacia el que la vida de relación gravitaba, como un eje en cuyo torno se ordenaban las actividades sociales. Pero las transformaciones históricas de creencias y actitudes nos han distanciado con exceso de aquel sentido del honor; y cierto es que sufre cierta desvalorización en el sentido de que no se entiende yá por encima de la vida quedando en ocasiones pospuesto ante libertades como las de expresión e información, por constituir estos medios de información de la opinión pública una «institución pública fundamental», dimensión de la cual no goza hoy el derecho al honor. Pero ello no quiere decir, como afirma Jesús González Pérez, con una visión algo pesimista, que "... se ha producido la más profunda degradación en la escala de valores quedando relegado a un modesto lugar...".<sup>3</sup>

Los Códigos civiles actuales han descuidado la tutela al honor, como lo han hecho en general con la regulación de los derechos de la personalidad, pero no así su protección, sea mediante la acción de resarcimiento por la vía civil, o su reclamo en la vía penal.

## 2.- Concepto.

Casi todos los etimologistas coinciden en afirmar que «honor», palabra latina casi igual que sus equivalente en lenguas romances, proviene de *ainos*, locución griega que significa alabanza.<sup>4</sup>

La palabra *honor*, vista en su contenido social, no jurídico, resulta en ocasiones muy difícil de delimitar, por ser totalmente relativa la idea que del mismo tienen distintos individuos, influida igualmente por las condiciones históricas y culturales imperantes. Es

---

justicia y el honor que tenía un valor equiparable a la vida misma; la ofensa contra él exigía la reparación mediante venganza pública o privada del ofensor.

<sup>3</sup> González Pérez, Jesús. *La degradación del derecho al honor (honor y libertad de información)*. Cuadernos Cívitas. Editorial Cívitas, S.A. Madrid.España. 1993. p. 13.

<sup>4</sup> Corominas, Joan y José A. Pascual. *Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico*. Volumen V. Editorial Gredos. Madrid.España. 1986.

además un concepto múltiple y variable. "El honor es un sentimiento y los sentimientos es más fácil sentirlos que definirlos".<sup>5</sup>

La Real Academia Española de la Lengua considera el honor como una cualidad moral que nos lleva al más severo cumplimiento de nuestros deberes, y lo distingue de la honra entendida como la estima y respeto de la propia dignidad.<sup>6</sup>

Una concepción fáctica entiende al honor en dos sentidos: uno subjetivo, en donde el honor significa el sentimiento que de nuestra propia dignidad nos formemos individualmente, es decir, se trata de la *honra*; y en un sentido objetivo alude al reconocimiento de esta misma dignidad por parte de los demás, la estima en que la persona es tenida por la sociedad o grupo al cual pertenece, equivale a lo conocido como la *reputación*; por ello se ha estimado que la honra y la reputación son las dos caras de una misma moneda. El honor es la valoración social de la personalidad, el crédito moral inherente a la naturaleza humana que hace posible la sociabilidad del hombre. Ambos conceptos pueden o no coincidir en la persona en sí.

Adriano de Cupis ofrece un concepto aceptado por toda la doctrina cuando se refiere al honor como la dignidad personal reflejada en la consideración de los demás y en el sentimiento de la propia persona, definición que recoge objetiva y subjetivamente la dimensión social e individual del concepto. Pero no se abandona todavía el contenido «etéreo» de este vocablo, pues el término dignidad es tan relativo como el del propio honor y no puede definirse nada con el propio concepto.<sup>7</sup>

Una concepción normativa del honor lo entiende como integrante de la dignidad de la persona. Pero el problema se presenta al pretender adivinar el contenido del término *dignidad humana*. Para muchos el contenido de la dignidad aparece vinculado al efectivo

<sup>5</sup> Castán Vázquez, José María. *La protección del honor en el Derecho español*. Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Diciembre de 1957. Madrid.España. p. 692.

<sup>6</sup> *Diccionario de la Lengua Española*. Real Academia Española. Vigésima edición. Madrid.España. 1984.

<sup>7</sup> Crevillén Sánchez, Clemente. *Derechos de la personalidad: honor, intimidad personal y familiar y propia imagen en la jurisprudencia*. Alcobendas. Madrid.España. 1994. p. 31.

cumplimiento de los deberes éticos; el honor se halla entonces en la propia significación del hombre según principios superiores y no en la estimación ajena, ni en ocupar una elevada posición social; reside en la conciencia propia. La postura contraria está felizmente superada pues el honor no es un valor de recompensa por la capacidad y reconocimiento social de la persona.

Otra corriente normativista entiende que el contenido de la dignidad humana es el de ser respetado por los demás y no ser humillado ni ante uno, ni ante los demás. "El honor es un concepto aséptico de reconocimientos sociales y funciones o méritos personales. Es un derecho que nace con la persona, anterior a ella misma y al ordenamiento jurídico que lo reconoce."<sup>8</sup>

Jurídicamente es difícil dar un concepto categórico por cuanto no puede negarse se trata de una noción prejurídica. El honor deriva de la dignidad y es concretamente el derecho a ser respetado; y se vincula a otros elementos como la fama, la consideración, la reputación, el crédito, el sentimiento de estimación, el prestigio... Será sin dudas la jurisprudencia, —y de hecho en muchos países en que la misma representa una fuente de Derecho y es de obligatorio acatamiento ya sucede así— la encargada de conformar un concepto jurídico de este término. En países como España y Argentina ya existen definiciones muy certeras de lo que se entenderá por honor, y paulatinamente se va formando un criterio en algunos otros países.<sup>9</sup>

Pueden considerarse intromisiones ilegítimas al honor, la divulgación de expresiones o la imputación de hechos concernientes a una persona hechas de manera oral, escrita o gráfica, cuando la difamen o la hagan desmerecer en la consideración ajena. En España la primera decisión jurisprudencial se remonta a una sentencia de 6 de diciembre de 1912, cuyas consideraciones producirían la hilaridad de las juventudes de hoy, pero que por su significación pionera todavía se reproduce en Tratados y Manuales.

<sup>8</sup> Estrada Alonso, Eduardo. Ob.cit. p. 35.

<sup>9</sup> Cfr. Crevillén Sánchez, Clemente. Ob.cit. pp. 27 y ss.

El hecho que motivó la sentencia fue la aparición en primera página de un diario madrileño, de la noticia de que el 17 de septiembre de 1910, el fraile Fulgencio Novelda, vicepresidente de un convento de capuchinos y profesor de Física del mismo, se fugó, llevándose consigo a la señorita María Josefa Mussó Garrigues, de quien había tenido escandalosa sucesión tres meses antes. Al ser sorprendido a su entrada en la ciudad de Lorca por un tío de ésta, el mencionado religioso atentó contra su vida, quedando muerto en el acto, y ella fue devuelta al seno de su familia.

Siete días después se rectificaba la noticia, pues el padre y representante de María Josefa Mussó que era, además, menor de edad, demandó al diario una indemnización por daños y perjuicios, condenándose al director de periódico bajo las siguientes consideraciones:

“La honra, el honor y la fama de la mujer constituyen los bienes sociales de su mayor estima, y su menoscabo la pérdida de mayor consideración que puede padecer en una sociedad civilizada, incapacitándola para ostentar en él la de carácter de depositaria y custodia de los sagrados fines del hogar doméstico, base y piedra angular de la sociedad pública, debiendo, por tanto, ser apreciados estos daños como uno de los más graves,...estableciendo una responsabilidad civil, armonizada con los principios jurídicos que informan nuestro Derecho común, si no se quiere fomentar en la sociedad una negligencia suicida, cual sería el abandono de un elemento social de primer orden como la mujer al capricho de la pública maledicencia...”<sup>10</sup>

Jurisprudencialmente ha ido degradándose un tanto el derecho al honor al reducir su concepto a la dignidad de la persona, asignándosele un valor inferior al de otros derechos de carácter fundamental cuando se decide un conflicto, y debilitándose drásticamente la inmunidad que suponía el honor frente a las intromisiones del Poder público. Pero sentencias

---

<sup>10</sup> González Pérez, Jesús. Ob.cit. pp. 23-25.

sucesivas en diversos países han aportado nuevos elementos al concepto de honor además del puramente individual enriqueciendo su espectro con reconocimiento del civil, el literario, el profesional, el comercial, el artístico, el militar y otras muchas manifestaciones.

“Este derecho fundamental se encuentra integrado por dos aspectos o actitudes en íntima conexión: el de la inmanencia, representada por la estimación que cada persona hace de sí misma, y el de la trascendencia, formada por el reconocimiento que los demás hacen de nuestra dignidad, y de aquí que el ataque al honor se desenvuelva tanto en el marco interno de la propia intimidad personal o familiar, como en el externo del ambiente social y profesional en que cada persona se mueve.”<sup>11</sup>

No debe confundirse honor con dignidad de la persona. El derecho al honor es inherente a la dignidad, pero no puede limitarse a ella. Existen dos niveles de honor; el propio de la naturaleza de lo humano y la proyección de la virtud; mientras que la dignidad de la persona constituye una categoría personal pero despersonalizada y absoluta; no relativa a una persona como tal, o como miembro de una familia, de una corporación o profesión. Por ello puede hablarse de honor individual, y un honor profesional, militar, o comercial.

Si el fundamento del honor se relaciona con la naturaleza humana, y esta naturaleza es común a todos y cada uno de los hombres, para todos estará atribuido un derecho al honor con textura semejante; me refiero a la universalidad subjetiva de este concepto; la connotación del mismo le da categoría suficiente para que sea protegido por el Derecho como parte importante de su patrimonio.

---

<sup>11</sup> Sentencia de 4 de febrero de 1993 de la Sala Primera del Tribunal Supremo de España. Actualidad Civil. Referencia 607/93. Madrid, España. 1993. p. 35.

## **2.1.- Elementos del concepto del derecho al honor.**

Para terminar de perfilar suficientemente el concepto del derecho al honor, es necesario delimitar los elementos que le afectan.

**a.- Elementos positivos:** referidos a los aspectos interno y externo; al requisito de divulgación; y a la distinción entre expresión, información y opinión.

El aspecto interno es el sentimiento de la propia persona ya referido, y el externo, a la consideración que de nosotros mismos se forman los demás. La divulgación consiste en el conocimiento por terceras personas de los hechos conformadores de la agresión que al honor se hace. Expresión es el epíteto, la palabra, o frase aplicada a una persona. Para que sea considerada como un atentado, deben ser injuriosas o degradantes y por ello afectar al honor; la información se refiere a hechos que conjuntamente con su falsedad, atentan contra el honor; y la opinión es el juicio de valor emitido por el autor, y aún hallándose en el ámbito de la libertad de expresión, atenta contra el honor si se basa en hechos falsos o en expresiones difamatorias.

**b.- Elementos negativos:** conformados por la falsedad de los hechos que quebrantan el honor; la intromisión ilegítima en el derecho al honor de una persona, precisa como elemento la falta de veracidad en lo que se dice; y la falta de consentimiento en la intromisión en el honor.

**c.- Elementos jurídicos:** formados por la necesaria delimitación de la ley, de los usos sociales (hábitos seguidos en un lugar y tiempo determinado); la autorización o decisión de la autoridad, de acuerdo con la ley; y el interés histórico, científico o cultural relevante, que impide sea estimada la intromisión como ilegítima.

Existen excepciones o límites a este derecho al honor —aunque parezca en principio una afirmación chocante— previstos por la ley o según el ámbito en que se desenvuelva la persona, o sea capaz de reservar para sí o su familia.

### 3.- Legislación comparada.

Cada Estado, por su cultura y tradiciones, reflejará en el contenido y en la estructura de sus Constituciones y su legislación, los sentimientos de cada pueblo en la reglamentación que del derecho al honor haga, pero sin dudas es en su aplicación donde con más claridad se darán estas diferencias.

Entre los ordenamientos supraestatales vigentes, existe una regulación y reconocimiento de este importante derecho de la personalidad a partir de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 10 de diciembre de 1948, que en su artículo 12 establece:

“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación”.<sup>12</sup>

Casi literalmente se reitera esta norma en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, en su artículo 17, en el cual al regular la libertad de expresión establece la posibilidad de quedar sujeta a restricciones, como las atentatorias al honor y la reputación.<sup>13</sup>

La Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica suscrita el 22 de noviembre de 1969, contiene en su artículo 11, una regulación muy superior a cuantas se habían hecho hasta el momento en el sentido siguiente:

<sup>12</sup>Los derechos humanos: declaraciones y convenios internacionales. Ob.cit. p. 76.

<sup>13</sup> Ibid. p. 134.

- “1.- Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.
- 2.- Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.
- 3.- Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.”<sup>14</sup>

En los diversos ordenamientos constitucionales europeos, es curioso que sólo las Constituciones de Portugal y España reconozcan expresamente este derecho de la personalidad, pero sólo como derecho fundamental desarrollado posteriormente mediante la Ley Orgánica 1 de 5 de mayo de 1982 en España, donde se da un tratamiento puramente civil al honor, a la intimidad y a la propia imagen. En América Latina sí se reconoce mayoritariamente el derecho al honor en las respectivas Constituciones; así la de Colombia de 1991, en su artículo 21; la de Chile de 1980, en su artículo 19.4; la de Ecuador de 1984, en su artículo 19.3; la de Honduras de 1982, en su artículo 76; la de Nicaragua de 1986, en su artículo 26.3; la del Perú de 1967, en su artículo 2.5; la de Panamá de 1983, en su artículo 37; y las del Uruguay, República Dominicana, El Salvador y Venezuela.<sup>15</sup>

#### **4.- El honor y las personas jurídicas.**

Frente a la persona humana, concebida como ser individual, capaz de derechos y de obligaciones, el derecho ha admitido otros entes distintos del individuo, de carácter colectivo a los que atribuye idéntica capacidad; así pueden contraer obligaciones y ejercitar derechos conforme lo disponga la ley.

Jurídicamente las personas físicas, y las morales o colectivas gozan de la misma igualdad, únicamente limitada por los condicionamientos de carácter físico que por razón de

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 182.

<sup>15</sup> *Constituciones españolas y extranjeras*. Estudio preliminar y edición de Jorge de Esteban. Segunda edición. Tomo II. Editorial Taurus. Madrid.España. 1979.

su corporeidad separa a ambas instituciones, de tal suerte que cuentan con los mismos atributos de la persona, con la excepción del estado civil.

Pero no sucede así en el caso de los derechos de la personalidad. A esta regla general puede agregársele como excepción aquellos casos muy particulares en que se atente contra el derecho al honor de estas entidades jurídicas colectivas; se ha reconocido la posibilidad de ser indemnizadas en los daños causados en su honor comercial, aceptada la tesis pluralista que admite la existencia no sólo del honor individual, sino también del profesional, el artístico, y el comercial, entre otros.

Pero las opiniones en este sentido están divididas. Díez-Picazo considera que los derechos de la personalidad son derechos individuales, puramente personalistas, que tienen a la persona por sujeto activo y al Estado o demás instituciones por sujeto pasivo imposibilitado enteramente de contar con la titularidad de uno de estos derechos; por ser derechos subjetivos, es decir, situaciones de poder puestas en el ordenamiento jurídico a disposición de los sujetos favorecidos para que éstos realicen sus propios intereses, y tener el Estado sólo potestades y competencias, no podrá de ningún modo poseerlos.<sup>16</sup>

El honor es un valor referible a la persona individualmente considerada, lo cual hace inadecuado hablar del honor de las instituciones públicas o de clases determinadas del Estado, respecto de las cuales el mencionado jurista prefiere emplear términos como dignidad, prestigio y autoridad moral, que son valores igualmente protegidos.

El honor como derecho de la personalidad solamente puede postularse de la persona humana, portadora y destinataria de aquéllos. En la vía de la culpa aquiliana, encuentran las personas jurídicas públicas perfectamente tutelados sus intereses, sin que quede atisbo alguno de indefensión para las mismas.

---

<sup>16</sup> Sentencia número 64 de 12 de abril de 1988 del Tribunal Constitucional de España, de la cual fue ponente Díez-Picazo. Actualidad Civil. Madrid, España. 1988, p. 157.

No opina así De Cupis, para quien el sujeto pasivo del daño no patrimonial puede ser también la persona jurídica. “Esto se produce cuando se compromete el beneficio que ella —independientemente por supuesto de un sentimiento de bienestar— puede experimentar en alguno de aquellos bienes no patrimoniales de los que ostenta la titularidad. Así, una sociedad mercantil... puede alcanzar un daño no patrimonial... con una campaña difamatoria, por violación del secreto de correspondencia, etc... La persona jurídica, ciertamente, no puede percibir el sentimiento de la propia dignidad y de aquí que no sufra por la lesión de su honor; pero sufre, comúnmente, el daño que incide en su reputación en la cual se refleja su mismo honor.”<sup>17</sup>

En el supuesto que elige el magistrado Díez-Picazo, el de una persona jurídica pública, se entiende semejante discriminación; pero nada se opone, según nuestro criterio, a la protección de las personas morales de carácter privado —estén destinadas a fines lucrativos o no— en su honor en casos de violación a su integridad y siempre que se vea afectada su reputación comercial o profesional. Es preciso distinguir entre personas jurídicas de substrato eminentemente personalista, representado por una colectividad de individuos (*universitates personarum*) y personas jurídicas caracterizadas por la prevalencia del substrato patrimonial (*universitates honorum*), con lo que se abre una puerta para la defensa del derecho al honor de las personas jurídicas.

Lógicamente, si adoptamos una postura normativista que caracterice al honor como un derecho de la personalidad fundamentado en la dignidad humana, entendida como un derecho que tiene toda persona a ser respetada ante sí mismo y ante los demás, no podrá atribuirse este derecho a la personas morales. Las personas jurídicas tienen honor en su aspecto trascendente u objetivo, y pueden verlo lesionado a través de la divulgación, por ejemplo, de hechos que la difamen o la hagan desmerecer de su consideración ajena cuando desarrolla en el tráfico los fines legítimos para los que se constituyó.

---

<sup>17</sup> Cupis, Adriano de. *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*. Traducción de la segunda edición italiana y estudio preliminar de Ángel Martínez Sarrión. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. España. 1975. pp. 123 y 124.

Algo muy diferente es la lesión, no al honor de una persona jurídica o moral, sino al honor colectivo, de un grupo étnico, de una asociación, o de una profesión, o cualquier grupo organizado y legítimo. Corresponde a cada uno de los integrantes de ese grupo el derecho a la protección ante cualquier atentado producido a su honor, pues en muchos casos con el menosprecio y discriminación de ese grupo, se tiende a provocar del resto de la comunidad, sentimientos hostiles o contrarios a la dignidad, a la estima personal o al respeto al que tienen derecho todos los ciudadanos. La ofensa producida trasciende tanto a la colectividad en sí misma entendida, como a sus componentes como individuos dentro de ella.

### **B.- Derecho a la intimidad personal y familiar.**

Uno de los derechos más lesionados por la ausencia de respeto a la libertad y la dignidad del hombre es su propia intimidad. Las lesiones se caracterizan cuantitativamente por ser cada vez más numerosas, y cualitativamente, por ser cada vez más diversas, “creativas”, y sutiles. Se trata de un valor cada vez más amenazado por la publicidad, el espionaje, la fuerza de los medios de comunicación social. Es también uno de los derechos cuyo estudio más apasiona por constituir la misma esencia del hombre.

#### **1.- Evolución histórica.**

El derecho a la intimidad es el resultado de las transformaciones que en las relaciones sociales trajo consigo el paso de una sociedad agraria a una industrial. En un principio fue esgrimida como reivindicación de la nueva clase burguesa vinculada a los derechos de la propiedad.

Pero desde las primitivas civilizaciones el hombre reflejó su concepción del mundo en obras maestras que hoy se pueden contar por su número. Buscando en las diversas culturas los orígenes comunes de lo que hoy entendemos por intimidad, no podemos dejar de

mencionar aunque sea a vuelo de pájaro, las aportaciones que al tema ofrecen la Biblia y el Corán, sin olvidar los aportes del pensamiento hindú y chino.<sup>18</sup>

En la Biblia se encuentran infinidad de referencias a diversas manifestaciones de lo que hoy se entiende por intimidad: la desnudez, la casa, la indiscreción, las confidencias, el llanto, la meditación y la difamación. El Corán de Mahoma se inspira profundamente en la Biblia en muchas de estas alusiones, y distingue constantemente lo que «ocultamos» de lo que «expresamos», habla de la vida interior, del secreto de los corazones, de la oración y de la conversación en la intimidad.

La concepción del pensamiento hindú dirige el proceso del mundo de lo exterior a lo interior; la vida es la interioridad que alcanza la materia, y el espíritu o la mente la interioridad que alcanza la vida en el proceso del mundo que observamos; el éxito de la vida es proporcional a la interioridad que se persiga y alcance.

El pensamiento oriental marca la distinción entre la vida pública y la privada en sus libros canónicos clásicos, tan encomiable era para esta filosofía una como otra en dependencia de la dignidad con que se llevara la elegida. Los chinos exhortaban al ocio fecundo, moralizante y éticamente enriquecedor, y alababan la honestidad con uno mismo y con los demás tanto en la vida privada como en la pública.

En la antigua Grecia el hombre era visto en su esencia como un ser político; en la democracia ateniense fue tan importante la participación de los ciudadanos en las cuestiones públicas que se fue eliminando el seccionamiento entre la vida pública y la privada quedando ésta reducida a su auténtica realidad: la vida íntima; en consecuencia, repugnaba toda descripción que de la intimidad personal de un individuo se hiciera. Los griegos sintieron gran estima por la meditación, y entre sus placeres más puros estaba el de la contemplación.

---

<sup>18</sup> La mayoría de los datos sobre la evolución del concepto de intimidad fueron consultados en la obra de Fariñas Matoni, Luis María. *El derecho a la intimidad*. Editorial Trivium. Madrid.España. s/f. pp. 263 a la 276.

En Roma, el hogar doméstico alcanza su más alta expresión moral como idea de remanso de paz traducida en la inviolabilidad del domicilio, así, ningún tercero tenía derecho a intervenir en los asuntos domésticos.<sup>19</sup>

Con el estoicismo de Séneca, la intimidad y el recogimiento del sabio son actitudes productivas, pues con ellos puede llegarse a ayudar a otros hombres, y se habla del apartamiento, las ventajas de la vida recogida, y del ocio fecundo.

El Derecho canónico acoge instituciones que guardan relación con el tema de la intimidad como son lo referente al deber de secreto de oficio exigible a jueces, testigos, peritos, abogados y partes, y el secreto de confesión.

En la Edad Media el aislamiento fue privilegio de las más altas esferas de la nobleza, o de aquellas personas que por decisión propia o por necesidad —monjes y bandidos— renunciaban a la vida en comunidad. Esta posibilidad y necesidad de aislamiento se va haciendo más creciente a medida que las condiciones sociales y económicas conllevan al desarrollo de núcleos urbanos, pero nace como privilegio de la clase social que la reclama para sí, la burguesía, que quiere acceder a lo que antes era privativo de unos pocos, hasta el punto de que en la etapa de la revolución industrial se excluye a los obreros del disfrute y reconocimiento de este derecho.

Queda marcado el nacimiento de esta institución por un sentido sumamente individualista. Si se entiende la intimidad como autoconsciencia de la subjetividad, este derecho entonces surge desde etapas muy anteriores a la disgregación de la sociedad feudal, pero considerada como proyección jurídica, como conjunto de facultades o poderes atribuidos a su titular, es ese momento el que marca la aparición del concepto de intimidad como es hoy acogido en la mayoría de las legislaciones.

---

<sup>19</sup>*Domus tutissimum cuiusque atque receptaculum est* (La casa es para cada cual segurísimo refugio y acogida). Gayo. Libro II, título IV, ley 18, idea reafirmada por Ihering al demostrar el papel moral que desempeñó en Roma el hogar doméstico.

A pesar de ello, es curioso que ninguna de las Declaraciones sobre los derechos del hombre formuladas a lo largo del siglo XVIII contenga mención alguna al derecho a la intimidad. La vida privada aparece como un derecho a la soledad, a la reserva, al aislamiento, del que es sujeto activo el hombre burgués encastillado en sus predios. Pero podrían citarse como precedentes remotos, no muy explícitos pero que en algo protegían la propia individualidad, las Declaración de Derechos de Virginia de 1776 y de Francia de 1789, en que se estableció que todos los hombres son, por naturaleza, igualmente libres e independientes y tienen los mismos derechos innatos, entre los que se mencionan la libertad, la felicidad y la seguridad.<sup>20</sup>

Esta concepción se reafirma en el siglo XIX, sobre todo en la Inglaterra victoriana, en que el industrialismo desarraigaba a la población rural y la convertía en masa urbana, quedando el hogar como único punto de refugio. Este fue probablemente el período en el que la intimidad como derecho tuvo mayor desarrollo, y en el que también llegó a alcanzar en ocasiones dimensiones absurdas, al estimarse un atentado grave, por ejemplo, el penetrar en una habitación sin ser anunciado.<sup>21</sup>

En 1890 fue publicado un artículo por dos jóvenes abogados de Boston, Warren y Brandeis, el cual marcó la pauta de inicio para el desarrollo de múltiples monografías dedicadas al derecho a la intimidad, en donde queda sentada la noción jurídica anglosajona de «*privacy*», configurada como la facultad “*to be let alone*”.

“La prensa está excediendo en todas direcciones los límites más obvios de la corrección y la decencia. El chismoteo ya no es el recurso de los ociosos y depravados, sino que se ha convertido en un oficio desempeñado con tanta diligencia como descaro. Para satisfacer el gusto de los más depravados, los detalles de las relaciones sexuales se desparraman a lo ancho de las columnas de

<sup>20</sup> *Los derechos humanos: declaraciones y convenios internacionales*. Ob.cit.

<sup>21</sup> López Díaz, Elvira. *El derecho al honor y el derecho a la intimidad: jurisprudencia y doctrina*. Editorial Dykinson, Madrid, España. 1996. p. 67.

la prensa diaria...y sólo pueden haberse obtenido mediante intrusiones en el círculo de la vida doméstica."<sup>22</sup>

Con esto se pretendía dejar a salvo a la alta burguesía de las críticas e indiscreciones de la prensa que ya por aquel entonces comenzaba a ser un poder muy importante en los Estados Unidos. Esta protección adquiere una ambivalencia: conservar los intereses personales y económicos a salvo de las intromisiones de los poderes públicos, y reaccionar contra la acumulación de datos destinados al control del comportamiento ideológico de ciertos individuos, con fines discriminatorios.

En Europa no es hasta pasada la Segunda Guerra Mundial que comienza el tratamiento legislativo de este derecho, que tiene su punto de partida central en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de diciembre de 1948, y la Convención Europea de los Derechos del Hombre, firmada en Roma el 4 de noviembre de 1950, que marcaron el inicio de las reformas, en materia civil, de la nueva construcción teórica de los derechos de la personalidad, como la Ley Francesa de 17 de julio de 1970, y la Ley Orgánica española 1/1982 de 5 de mayo.

## **2.- Concepto.**

Como sucede con el concepto del derecho al honor, el de intimidad resulta igualmente dificultoso, pues implica valores y componentes sociales, culturales y sobre todo psicológicos que lo hacen cambiar en el tiempo y el espacio. Si bien todos sabemos a qué se refiere, resulta muy complicado definirlo pues suele entrar en ella lo definido.

El hombre tiene dos dimensiones fundamentales: la individual y la social, que deben estar en un perfecto equilibrio para producir el pleno desarrollo de la personalidad. Hasta mediados del pasado siglo el hombre defendió a ultranza su total individualidad, pero

---

<sup>22</sup> Citado por Puig Brutau, José. *Fundamentos de Derecho civil*. Tomo II. Volumen III. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, España. 1983, p. 233. Warren and Brandeis. *Rigth of privacy*. Harvard Law Review IV. 15 de diciembre de 1890. pp. 193 a 219.

producto de la masificación social, la concentración urbana, y el intervencionismo estatal comienza el inevitable proceso de socialización, que llegó a alcanzar niveles aberrantes. Ya hoy se hace sentir una nueva fuerza que aspira al equilibrio entre ambas dimensiones.<sup>23</sup>

El derecho a la intimidad tiende a proteger al hombre en su aislamiento fecundo y esencial con respecto al resto de sus semejantes y a toda fuerza que pretenda impedirselo. Resulta una necesidad natural la privacidad del ser humano, la reserva para sí de alguna esfera de su vida, sobre todo en sociedades intolerantes; por ello no siempre es la única voluntad del sujeto la que determina el ámbito de la intimidad, sino que interviene la sociedad misma a través de los controles sociales a que obligadamente debe adecuarse. La intimidad constituye una esfera secreta o reservada de la persona que debe protegerse contra intromisiones o indagaciones ajenas.

Según cualquier diccionario, intimidad es la parte personalísima, comúnmente reservada de los asuntos, designios o afecciones de un sujeto o de una familia.<sup>24</sup>

La intimidad para Recaséns Siches es sinónimo de conciencia, de vida interior, y ello nos induce a pensar que se trata de un concepto ajeno a lo jurídico.<sup>25</sup> Pero debe verse en un sentido más amplio, y entenderlo como la parte íntima o reservada de una persona o de un grupo, sobre todo familiar. Incluye en su delimitación tres aspectos fundamentales: la tranquilidad —derecho a disponer de momentos de soledad, recogimiento y quietud—, la autonomía —libertad de tomar decisiones relacionadas con nuestras vidas sin intromisiones ni siquiera subliminales—, y el control y manejo propio de la información personal —posibilidad de mantener ocultos o reservados ciertos aspectos de la vida de una persona, y controlar su manejo y circulación cuando ha sido confiada a un tercero—. Y comienzan en este punto los encontronazos entre el derecho a la intimidad y el derecho a la información.

<sup>23</sup> Ferreira Rubio, Delia Matilde. *El derecho a la intimidad*. Editorial Universidad. Buenos Aires. República Argentina. 1982. p. 31.

<sup>24</sup> *Diccionario de la Lengua Española*. Real Academia Española. Vigésima edición. Madrid. España. 1984.

<sup>25</sup> Recaséns Siches, Luis. *Tratado general de filosofía del Derecho*. Décima edición. Editorial Porrúa. S.A. México, D.F. 1991. pp. 180-182.

Para Albaladejo es el "...poder concedido a la persona sobre el conjunto de actividades que forman su círculo íntimo, personal, familiar, poder que le permite excluir a los extraños de entrometerse en él y de darle una publicidad que no desee el interesado."<sup>26</sup> Para Desantes es "...aquella zona espiritual del hombre que él considera inespecífica, distinta a cualquier otra, independiente de lo que sea".<sup>27</sup> Para Iglesias Cubría "...forma parte de mi intimidad todo lo que puedo lícitamente sustraer al conocimiento de otras personas... Nada más íntimo que mi propio pensamiento, en cuanto que no es cognoscible por los demás si yo no lo revelo. Intimidad son mis deseos, mis apetencias y, en parte, pueden serlo mis necesidades, y hasta la manera de satisfacerlas..."<sup>28</sup> Para Fariñas Matoni intimidad es "...aquella parte de la vida del hombre que se pretende vivir en soledad o compartida con unos pocos escogidos, frente a los demás... Derecho subjetivo a la intimidad es la facultad del hombre, esgrimible *erga omnes*, consistente en poder graduar el «aje mismidad-alteridad» que la intimidad es, y radica en la misma naturaleza esencial del hombre, anterior a la sociedad y al Estado, y que comporta la posibilidad de solicitar el pertinente amparo del ordenamiento jurídico cuando dicha facultad sea transgredida o vulnerada."<sup>29</sup>

Personalmente entendemos la intimidad como el derecho que concierne a toda persona de decidir cuándo y hasta dónde quiere entrar en contacto con la sociedad. Es en ella donde el hombre forja su personalidad, desarrolla su humanidad, y se diferencia del resto de los individuos de la colectividad. Alude al espacio interior, recóndito, a la zona espiritual reservada de la persona, con exclusión de la comunicación total, de la publicidad, del conocimiento e intervención de los demás, a la exclusión del conocimiento ajeno de nuestros pensamientos, sensaciones y emociones. Lo básico en este derecho de la personalidad es la relación que tiene con la vida social donde encuentra su sentido más genuino. Es la soledad

<sup>26</sup> Albaladejo García, Manuel. *Derecho civil*. T. I. Volumen. 2º. Novena edición. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, España. 1985. p.65.

<sup>27</sup> Desantes, José María. *Intimidad e información, derechos excluyentes*. Editorial Nuestro Tiempo. Pamplona, España. 1972. p.23.

<sup>28</sup> Iglesias Cubría, Manuel. *Derecho a la intimidad*. Universidad de Oviedo. España. 1970. pp. 21 y 22.

<sup>29</sup> Fariñas Matoni, Luis María. *Ob.cit.* p. 352.

en la que el individuo desea colocarse a sí mismo, y a sus relaciones íntimas, de amistad o familiares, libre de la observación de otras personas, el anonimato, la reserva contra los posibles intentos de comunicación con otros.

Todas las definiciones que de la intimidad puedan brindarse implican un concepto de autonomía, de preservación de un sector personal reservado, inaccesible para todos sin la voluntad del interesado; esto distingue la intimidad de la confidencialidad, conceptos constantemente usados como sinónimos; el segundo entraña condiciones de uso y revelación de datos una vez recogidos.

Pero es la jurisprudencia la que ha ido perfilando las conductas que implican atentados o intromisiones ilegítimas contra el derecho a la intimidad. Después de revisadas y confrontadas múltiples sentencias de países como España, Italia, y Estados Unidos, han quedado generalmente aceptados cuatro presupuestos clásicos enunciados en 1960 por William Prosser, en que se estima transgredida la intimidad:<sup>30</sup>

- La intromisión en la soledad física, en el retiro que cada persona se ha reservado, que se manifiesta en la invasión material del hogar, la entrada en el domicilio de una persona, o registrar sus muebles y efectos personales, instalar micrófonos, intervenir conversaciones, etcétera.
- La divulgación pública de hechos privados, que pueden ser ciertos, o se dan a conocer hechos muy antiguos que ya debían estar olvidados.<sup>31</sup>

---

<sup>30</sup> Ibid. p. 5.

<sup>31</sup> Un caso relevante de la jurisprudencia norteamericana explica muy bien este segundo supuesto. Se trata del caso *Melvin vs Rei* resuelto en 1931; la demandante había sido anteriormente prostituta y fue, además, procesada y absuelta de la acusación de asesinato. Cambió luego radicalmente su vida, se casó y se convirtió en una admirable ama de casa, con un comportamiento digno de la mayor admiración y respeto. Años después se rodó la película *The Red Kimono*, que relataba la historia usando su nombre y anunciándose como tomada de la vida real. El equilibrio conseguido en el entorno de la afectada se vino abajo, perdió amistades y fue objeto de burlas y ofensas. El tribunal estimó esto un abuso inaceptable y condenó a la compañía productora al pago de una fuerte indemnización.

- La presentación al público de circunstancias personales bajo una falsa apariencia o que se presta a equívocos pues nadie ha de ser utilizado para hacer actos involuntarios que no le interesan.
- Y la apropiación, en el propio beneficio, del nombre o imagen de otra persona, pero este más bien atañe a otros derechos de la personalidad que muchas veces son confundidos.

Por su parte Novoa Monreal brinda una especie de código de actividades, situaciones y fenómenos que se pueden entender forman parte de la vida privada, y por ello deben estar protegidos contra cualquier intromisión, a saber: "...ideas y creencias religiosas, filosóficas, mágicas y políticas que el individuo desee sustraer al conocimiento ajeno; aspectos concernientes a la vida amorosa y sexual; aspectos no conocidos por extraños de la vida familiar, especialmente los de indole embarazosa para el individuo o para el grupo; defectos o anomalías físicas o psíquicas no ostensibles; comportamiento del sujeto que no es conocido de los extraños y que de ser conocido originarian críticas o desmejorara la apreciación que éstos hacen de aquél; afecciones de la salud cuyo conocimiento incide en la opinión que formulan los demás acerca del sujeto; contenido de comunicaciones escritas u orales de tipo personal, esto, es, dirigidas únicamente para el conocimiento de una o más personas determinadas; la vida pasada del sujeto, en cuanto pueda ser motivo de bochorno para éste; orígenes familiares que lastimen la posición social y, en igual caso, cuestiones concernientes a la fijación y a los actos de estado civil; el cumplimiento de las funciones fisiológicas de excreción, y hechos y actos relativos al propio cuerpo que son tenidos por repugnantes o socialmente inaceptables; momentos penosos o de extremo abatimiento, y; todo dato, hecho o actividad personal no conocidos por otros, cuyo conocimiento por terceros produzca perturbación moral o psíquica al afectado".<sup>32</sup>

<sup>32</sup> Novoa Monreal, Eduardo. *Derecho a la vida privada y libertad de información: un conflicto de derechos*. Editorial Siglo XXI Editores. México, D.F. 1979. pp. 45 y 46.

Puede afirmarse que el derecho a la intimidad es uno en cuanto a su concepción, pero tiene manifestaciones múltiples. La enumeración de su contenido es difícil de precisar dada la complejidad y la sujeción de este derecho a criterios espacio-temporales. Algunas de sus manifestaciones características, además de las enunciadas, son: la inviolabilidad del domicilio como prolongación espacial de la personalidad, que se extiende al secreto de la vida doméstica; y cualquier otra forma de secreto que constituye el eje central del derecho a la intimidad, como el secreto documental y de las comunicaciones, y el secreto profesional.<sup>33</sup>

Hoy el bien más amenazado y desprovisto de tutela en todas sus facetas es la intimidad. El interceptar conversaciones, el revelar datos personales que constan en registros para fines distintos de su naturaleza, el captar imágenes sin que lo perciba la persona, etcétera, son noticias cotidianas. Los problemas se enfrentan al tratar de delimitar el alcance del derecho a la intimidad pues su contenido varía de una época a otra. La labor hermenéutica de los jueces ha contribuido en gran medida a ello. Se mantiene constante en la naturaleza humana, eso sí, la necesidad de cierta intimidad, pero el contenido variará según las costumbres y usos sociales, la religión, la moral imperante, el régimen político y económico y el nivel cultural del grupo social.

Actualmente es muy difícil encontrar derechos que gocen de la categoría de absolutos, sobre todo en las sociedades occidentales, pues quedan siempre sometidos a ciertos límites y restricciones; el primero de ellos es el respeto a los derechos de los demás miembros de la sociedad. Pero en el caso del derecho a la intimidad, la libertad de pensamiento se pone en marcha a través de la libertad de opinión que se transforma en libertad de expresión cuando se dan a conocer a la luz pública las opiniones de un sujeto. Todo ello puede resumirse en la libertad de información que con la aparición de los medios masivos de comunicación modernos se instala como contrapartida de la tan apreciada intimidad. Otras limitaciones están referidas a la intervención estatal en muchos aspectos

---

<sup>33</sup>El derecho al secreto debe ser estimado como un aspecto especial del derecho a la intimidad al que no haremos referencia en este trabajo, sino en investigaciones futuras. No caen en los confines del derecho a la intimidad otra clase de secretos como el político, el militar, el internacional, el de oficio, o el del Estado, y sí el secreto doméstico (de casa y habitación), el de los actos documentados en general, el secreto de la correspondencia y demás comunicaciones, y el secreto profesional.

antes privativos de la familia, como la educación de los hijos; o la seguridad del Estado; o por razones de interés general.

La intimidad debe ser protegida sin distinciones de personas, sean de carácter público o no, pero se debe atender, como ocurre con el honor, a la esfera que, por sus propios actos, mantenga la persona reservada para sí.

### **3.- La protección de la intimidad frente a la recogida y tratamiento de datos de carácter personal por medios informáticos.**

En la era tecnológica, el derecho a la intimidad adquiere una especial connotación en la protección de los datos personales. Prevalerán siempre los valores de autonomía individual para decidir hasta cierto límite, cuándo y qué informaciones pueden ser objeto de procesamiento automatizado, para evitar que llegue a convertirse en un arma de manipulación y control de conductas individuales. Aparece el *Habeas data* como cauce procesal para salvaguardar la libertad de la persona en la esfera informática que cumple una función paralela de la que en su momento cumple el *Habeas corpus* respecto a la libertad física, encaminado a reconocer al individuo el derecho a no proporcionar al Estado, o a otras personas o entidades, datos personales si no es con determinada finalidad, establecida claramente por la ley.

El uso de la informática y su limitación anuncian la aparición de un nuevo derecho, el de *autordeterminación informativa*, derivado del derecho a la intimidad, cuyo objeto es la preservación de los datos personales, íntimos o no, frente a su utilización incontrolada por medios informáticos.

Los principios que deben regir la protección de datos de carácter personal son los siguientes:<sup>34</sup>

---

<sup>34</sup> Estadella Yuste, Olga. *La protección de la intimidad frente a la transmisión internacional de datos personales*. Editorial Tecnos, S.A. Madrid. España. 1995. p. 45 y ss.

- Sólo podrán recogerse para su tratamiento automatizado, los datos de carácter personal que sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y finalidades legítimas para las que se hayan obtenido, y usados en esa sola finalidad
- Las personas cuyos datos de carácter personal vayan a ser recogidos para su tratamiento, tienen derecho a ser informadas previamente, de modo expreso, preciso, e inequívoco de la existencia de un fichero automatizado de datos y de su finalidad; del carácter obligatorio o facultativo de las respuestas a las preguntas que se le planteen; las consecuencias de la obtención de esos datos y de la negativa a suministrarlos; los derechos de acceso, rectificación y cancelación que con respecto a los datos suministrados le asisten; y la identidad o localización del responsable del fichero.
- Siempre debe estar presente el consentimiento del titular de los datos, revocable en todo momento.
- Protección reforzada para los datos que revelen o puedan revelar de algún modo la ideología, las creencias, las opiniones políticas, los antecedentes de salud, la vida sexual, o la pertenencia a una raza o etnia.
- Absoluta seguridad y protección de los datos, evitando su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado.
- Absoluto secreto profesional respecto de los datos obtenidos de todos cuantos intervengan en su tratamiento.

Algunas legislaciones más modernas ya prevén estos supuestos. La Constitución española de 1978 en su artículo 18.4 establece que la Ley limitará el uso de la informática

para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar, así como el pleno ejercicio de los derechos de los ciudadanos, precepto constitucional complementado con la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal. La Ley francesa de 6 de enero de 1978 relativa a la informática y los ficheros, establece que ninguna decisión judicial, administrativa o privada que implique la apreciación de un comportamiento humano, podrá tener por fundamento un tratamiento automatizado de la información que refiera una definición del perfil o de la personalidad del interesado. En Alemania rige la Ley de Protección de Datos de 1977, que ampara los datos personales que se han almacenado en registros de tipo informáticos.<sup>35</sup>

#### **4.- Analogías y diferencias entre el derecho a la intimidad y el derecho al honor.**

Intimidad y honor son derechos subjetivos diferentes aunque la misma acción pueda lesionar a ambos al mismo tiempo. El honor es el derecho a ser respetado, la intimidad es la salvaguarda de la vida privada de toda injerencia ajena. Todo ser humano tiene el derecho a ser tratado de una manera compatible con su dignidad, la cual tiene una manifestación directa y clara en la estimación que se siente por sí mismo y que se espera de los demás. El atentado en contra de la vida privada no exige ni supone que quien lo ejecuta formule un juicio adverso o se proponga un rebajamiento moral de la víctima. Es suficiente con que tome conocimiento, en virtud de injerencia indebida, de aspectos reservados de la vida de ésta. Hasta podría darse el caso de que el atacante probara las manifestaciones de la vida privada que ha llegado a conocer, sin que con ello quedare excluida la violación que ha cometido.

Por otra parte, el atentado en contra del honor no exige ni supone que la expresión, gesto o imputación que se formulan y lesionan el honor, correspondan a una información reservada que el sujeto activo haya logrado sobre su víctima mediante injerencia a su intimidad. Pueden concebirse atentados contra el honor en los que se emplean datos

---

<sup>35</sup> *Estudios sobre el derecho a la intimidad.* García San Miguel Rodríguez-Arango, Luis (editor) Editorial Tecnos, S.A. Madrid, España. 1992.

obtenidos legítimamente o en los que se formulen imputaciones que son conocidas desde antes por algunas personas. Para esta clase de atentados, basta el agravio intencionado a la estimación propia o ajena de la víctima, sin que sea necesario que el hecho que se emplea para agraviar pertenezca a la vida privada.

En un caso lo que lastima la personalidad del sujeto es verse o temerse objeto del desprecio por la imputación que se le formula, y en otro la víctima siente afectada su personalidad porque hechos que ella no deseaba que fueran conocidos por otro u otros lo fueron, y debían mantenerse ocultos por exigencia de su propia noción de la intimidad.

En la doctrina alemana se han tratado ambos derechos de manera conjunta; en los Estados Unidos, por el contrario, el «*Right of privacy*» es separado de la difamación, cuando ésta no es posible si no existe en el sujeto activo el *animus iniuriandi*.

Pero la nota esencial que diferencia a ambos conceptos es la veracidad. Si se divulga un hecho que atenta contra el honor pero que es cierto, no se da el quebranto, pues en realidad no hay honor que proteger, le falta el elemento negativo de la falta de veracidad. Pero si la divulgación del hecho veraz afecta el círculo íntimo del sujeto, y no era conocido por los demás, sí estamos en presencia de un atentado al derecho a la intimidad.

Por otra parte, el atentado o intromisión al derecho a la intimidad se concreta con la divulgación de aquello que penetra en la esfera íntima y personal del sujeto, afecte o no su reputación.

Si con relación al derecho al honor cabe al menos la posibilidad de una discusión con relación a si puede darse su violación en las personas jurídicas, con relación a la intimidad la respuesta es categóricamente negativa, por carecer éstas de vida privada o círculo íntimo.<sup>36</sup>

---

<sup>36</sup> Concepción Rodríguez, José Luis. *Honor, intimidad e imagen*. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, España. 1996. pp. 46 y ss.

### 5.- Legislación comparada.

En los países anglosajones, el desarrollo que el derecho a la intimidad ha alcanzado es relevante, sobre todo en la labor particular de los Tribunales. El *common law* inglés no reconoce un derecho general al respeto de la vida privada, y su protección se limita a los efectos secundarios que de otras leyes emanan, especialmente las dedicadas a proteger a las personas, la reputación, y la propiedad, que resultan a veces ineficaces, quedando en manos de los juzgadores el amparo efectivo de la intimidad.

En los Estados Unidos casi todos sus Estados miembros tienen establecido el derecho a la intimidad como una rama perfectamente delimitada dentro del sistema jurídico, y la Cuarta Enmienda de la Constitución Federal deja establecido el derecho de todos los habitantes de que sus personas, domicilios, papeles y efectos se hallen a salvo de pesquisas y aprehensiones arbitrarias. Tres normas, por su especial importancia merecen ser mencionadas: la Ley de Derechos Civiles de Nueva York, de 1903; la Ley de Evaluación Leal de la Solvencia, de 1973 que afronta el problema de la necesidad de las instituciones de crédito de conocer ciertos datos referentes a sus peticionarios; y la Ley de Privacidad de 1974, directamente dedicada a la protección de la vida privada.

En Canadá el Derecho penal es de la competencia legislativa del Parlamento federal, y el Derecho Civil pertenece a las provincias. En el Código Criminal se han despenalizado ciertos actos sexuales cometidos en privado por adultos consentidores de ello, y el artículo 262 regula el libelo difamatorio. La Ley de Protección de la Vida Privada de 1973 incrimina la interceptación de las comunicaciones privadas, la divulgación de dichas comunicaciones, así como la posesión, venta o compra no autorizada de los dispositivos destinados a este fin.

En Alemania se protege específicamente el secreto, la imagen y la vida privada, y casi todos los elementos de este derecho están regidos por leyes incorporadas al Código civil y al penal. Se castigan las acciones que lesionen la vida, la integridad física, la salud, la libertad,

el patrimonio y cualquier otro derecho de la persona, quedando en manos de los tribunales civiles la amplia aplicación de este precepto en favor del derecho a la vida privada. Existe una Ley de Protección de Datos de 1977, dedicada a los datos personales almacenados en registros informatizados.

En Suiza y Bélgica, la legislación civil prevé las posibilidades de eliminación de la turbación que se produzca a la vida privada, y la indemnización que corresponda en su caso.

En Francia existe al hablar del derecho a la intimidad, la Ley de 17 de julio de 1970, y la Ley número 78-17 de 6 de enero de 1978 relativa a la informática y los ficheros; y en Italia, la Ley de 8 de abril de 1974. La ley francesa alcanzó a modificar el artículo 9 del Código civil que contiene una enunciación general del derecho a la vida privada, declarando las medidas que pueden en todo caso ser ordenadas para hacer cesar cualquier intromisión, sin perjuicio de la reparación del daño sufrido. La ley italiana por su parte, modificó algunos preceptos penales, introduciendo tipos nuevos que amparasen el secreto de las comunicaciones de la vida privada.

En España este derecho está protegido por el artículo 18 de la Constitución de 1978, y rige la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo que regula la protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. La Constitución portuguesa de 2 de abril de 1976 previene contra el peligro que significa el crecimiento incontrolado de la informática, y su artículo 33 reconoce a todos el derecho a la identidad personal, al buen nombre y reputación y a la reserva de su intimidad en la vida privada y familiar.

En los derechos de países americanos como Venezuela, Brasil y Argentina, no existe una definición general del derecho a la intimidad, que aparece proclamado más o menos en términos generales en sus respectivas Constituciones a través de algunas de sus manifestaciones, como la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia, y para su protección se recurre a las normas que hablan de responsabilidad personal en los Códigos civiles o en el Código penal como delitos. El Código civil peruano prescribe que la intimidad

no puede ser puesta de manifiesto sin el asentimiento de la persona, y en su Constitución se establece el derecho al secreto de los papeles privados y de las comunicaciones, así como la reserva sobre las convicciones políticas, filosóficas y religiosas. El Código penal tipifica el delito de violación de la intimidad cuando se es observado, escuchado o registrado un hecho, palabra, escrito o imagen valiéndose de instrumentos, procesos tecnológicos u otros medios.

Es a partir de 1948 que en el ámbito supraestatal comienza a hablarse de derecho a la intimidad y vida privada. Los artículos 5, 9, y 10 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre celebrada en Bogotá del 30 de marzo al 2 de mayo de 1948, y el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre de 10 de diciembre de 1948, son los primeros antecedentes.

Le siguen la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de Roma, de 4 de noviembre de 1950, en su artículo 8; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966, en su artículo 17; y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica el 7 de abril de 1970, en su artículo 11.

En septiembre de 1980 fue aprobado en el Comité de Ministros del Consejo de Europa, el texto para el Convenio que proteja a las personas con respeto al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, oficializado por el Convenio de Estrasburgo de 21 de enero de 1981 en que se garantiza en el territorio de cada Estado que lo suscriba a cualquier persona física, el respeto de sus derechos y libertades, y concretamente el derecho a la vida privada en relación con el tratamiento automatizado de datos de carácter personal.

## **C.- Derecho a la imagen.**

### **1.- Evolución histórica.**

El derecho a la imagen es el fruto del progreso de los tiempos modernos. Aunque la civilización grecorromana fue profundamente iconográfica, y Luis XVI haya sido detenido en Varennes cuando huía del París revolucionario por un simple posadero que lo reconoció en la imagen de una moneda, no es hasta la irrupción de las artes fotomecánicas en el universo humano y al desarrollo alcanzado por los medios de reproducción de la imagen de las personas, en que la reproducción de los rasgos fisonómicos se va extendiendo cada vez más. Como consecuencia lógica, se ha ido imponiendo el establecimiento de consideraciones jurídicas acerca de la utilización de la imagen ajena en el área del llamado derecho a la propia imagen.

Esta configuración jurídica sobre el poder estrictamente personal para disponer de la reproducción plástica de la imagen, no surge hasta 1839 cuando es inventada la fotografía, y alcanza cada vez más actualidad con el extraordinario desarrollo que en la vida moderna ha adquirido la propaganda mercantil y comercial. Pero la doctrina ha atravesado distintas fases.

En un inicio, la imagen fue considerada como una huella de la personalidad, como una manifestación de nuestro cuerpo que debía protegerse de la misma forma que el derecho que tiene la persona sobre su cuerpo. Posteriormente se pensó que la imagen no debía ser protegida como una pertenencia o emanación de la personalidad, y por consiguiente sólo era posible impedir que alguien pintara o reprodujera la imagen de otro en cuanto su publicidad o difusión causare ofensa a la personalidad, considerándose a la imagen así como una emanación del honor.

Jurisprudencialmente las primeras sentencias sobre el derecho a la intimidad fueron verdaderamente casos en que se manifiesta un problema de uso comercial de la imagen,

reconociéndose el derecho que tienen todos los hombres al valor publicitario de su fotografía o su esfigie.

Pero actualmente ya se estima la imagen como un derecho de existencia propia, vaya o no acompañada de una ofensa al honor. Es la jurisprudencia norteamericana quien inicia y mejor define la autonomía de este derecho, cuando ya desde 1903 es incluido en los Estatutos de Nueva York, el derecho al uso comercial de la imagen, en los casos en que la efigie humana es expuesta a los riesgos de una inopinada difusión no querida por la persona.<sup>37</sup>

## **2.- Concepto.**

La imagen es un valor individualizador de la persona en sí misma considerada, así como el nombre lo es jurídicamente. Todos los derechos de la personalidad tienen como titular a la persona física individualmente considerada, pero el derecho a la imagen tiene una particularidad.

Para cualquier diccionario, imagen es sinónimo de figura, representación, semejanza y apariencia de una cosa, y también la reproducción de la figura de un objeto por la combinación de los rayos de luz.<sup>38</sup>

La imagen es la representación gráfica de la figura humana; no debe confundirse nunca con el aspecto externo o social del derecho al honor (la reputación), ni promover demandas por atacarse la «buena imagen». Es necesario que se insista en definir correctamente qué es la imagen, como equivalente de la representación gráfica de la figura mediante un procedimiento mecánico o técnico de reproducción; en este sentido se ha manifestado reiteradamente la jurisprudencia. La imagen debe ser entonces visible y reconocible, es decir, el sujeto debe verse y ser reconocido como él mismo.

---

<sup>37</sup> *Ibid.* pp. 103 y ss.

<sup>38</sup> *Diccionario de la Lengua Española*. Ob.cit.

El derecho a la imagen tiene en su concepto dos contenidos fundamentales: uno positivo —de aprovechamiento— referido al derecho a obtener, reproducir y publicar la propia imagen, y un aspecto negativo —de exclusión— referido a la imposibilidad en la obtención o la reproducción y publicación de la propia imagen por un tercero que carece del consentimiento del titular para ello. Estos dos aspectos son fusionados en una definición de qué es el derecho a la imagen, entendido como la facultad que el ordenamiento jurídico concede a la persona para decidir cuándo, por quién y de que forma pueden ser captados, reproducidos y publicados sus rasgos fisonómicos reconocibles.<sup>39</sup>

No debe confundirse el derecho a la imagen como derecho de la personalidad en la forma que quedó definido anteriormente, de cuya violación deriva el derecho a una indemnización, con el derecho a comercializar económicamente la propia imagen, o derecho patrimonial de la imagen, del que hacen constante uso las personas de cierta relevancia o fama pública, del mundo del espectáculo, las artes o la moda.

En la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen en España, en su artículo 7, apartados 5 y 6, regulan lo referido al derecho a la imagen, y estima que serán considerados intromisiones ilegítimas:

“5º. La captación, reproducción o publicación por fotografía, 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 artículo 8.2.

<sup>39</sup> Estrada Alonso, Eduardo. *El derecho a la imagen en la Ley Orgánica número 1/1982 de 5 de mayo*. Revista Actualidad Civil. Tomo 1990-2. Madrid, España, p. 348.

6°. La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga."<sup>40</sup>

El derecho a la imagen, como todos los derechos de la personalidad, es inalienable e irrenunciable, pero queda delimitado en muchos casos por los usos y costumbres sociales que de acuerdo al ámbito y por los actos que realice la persona, mantenga reservada para sí o para su familia.

Hay muchos países que ya han consignado en sus ordenamiento positivos de modo expreso, la protección del derecho a la propia imagen independientemente del derecho al honor. Permiten en su mayoría la publicación de fotografías sin necesidad de consentimiento cuando tienen fines científicos o didácticos, o se relacionan con acontecimientos de interés público (la publicación del retrato de un buscado delincuente), o en interés de la propia persona (averiguación de su paradero). Pero fuera de estos casos la publicación se exige sea consentida o autorizada por su titular. Es muy importante en estos supuestos el consentimiento, que significa aquí autorización, declaración por la que el titular del derecho a la imagen permite la obtención, reproducción o publicación de la propia. Este consentimiento delimita el ejercicio mismo de este derecho, lo cual no significa que el titular renuncie o pierda toda protección, o que se pierda la ilegitimidad de una intromisión, sino que, por el propio concepto del derecho a la imagen, el titular del mismo lo ejercita en su aspecto positivo absteniéndose de ejercitar la facultad de exclusión.

El arte puede servir de vehículo para análogas finalidades. No es sólo imagen la que aparece en la fotografía, sino que es en general, la representación de personas en piedra, papel, tela, o madera, es decir, caben dentro de la idea, toda la reproducción de la figura humana por medio de las representaciones artísticas que se dirigen al sentido de la vista: dibujo, grabado, pintura, escultura, teatro, cine o televisión.. Con el pretexto de la libertad

<sup>40</sup> Vidal Martínez, Jaime. *El derecho a la intimidad en la Ley Orgánica de 5-5-1982*. Editorial Montecorvo, S.A. Madrid, España. 1984. p. 111.

de expresión en el arte, no puede un artista plástico trasladar en imágenes, los cuerpos o efigies de personas con el deseo o intención de desprestigiarlas, o atropellar su honor, ni tampoco, si carece de su consentimiento.

Otros autores estiman que cuando se reproduce la imagen de una persona sin su consentimiento y sin ánimo de lucro, si esta no resulta deshonorosa o denigrante para el sujeto, no da derecho a prohibir su publicación o utilización, al no violarse en modo alguno el derecho a la propia imagen, aduciendo que ésta no le pertenece completamente a la persona, sino que es sólo un reflejo de su personalidad.<sup>41</sup> Admitir esta concepción traería consecuencias nefastas en nuestros tiempos. Con la invasión de los medios de comunicación en todas las esferas de la vida social, permitir el uso de la propia imagen, sin contar con la conformidad del titular, significaría la paulatina y ya en algún momento indetenible e incontrolable intromisión en los asuntos personales, en la dignidad del individuo, en su ámbito familiar, ejes sobre los que convergen todos los derechos de su personalidad.

Es posible fotografiar, reproducir, describir toda la realidad material externa salvo que se trate de objetos o lugares cubiertos por la tutela de la intimidad y del secreto, y expresamente impedidos a la observación de quien no está autorizado. La regla es, pues, la libertad de conocer el mundo que nos rodea, las cosas a través de la captación de imágenes. La excepción es la de no utilizar la imagen ajena sin el asentimiento del interesado, y mucho menos, valerse de ella para distorsionar la verdad personal, lesionar la identidad o penetrar en la intimidad del sujeto o agraviar a la persona en su dignidad, su decoro, su honor o su reputación.

El derecho al valor publicitario de la imagen es el derecho de toda persona a controlar el uso comercial de la propia manifestación identificativa que es su imagen y a obtener provecho de los valores publicitarios que se hayan creado u obtenido sobre ella. Para que pueda hablarse de violación de este derecho deben darse los requisitos siguientes:<sup>42</sup>

---

<sup>41</sup> Pacheco Escobedo, Alberto. Ob.cit. p.132.

<sup>42</sup> Igartua Arregui, Fernando. *La apropiación comercial de la imagen y del nombre ajenos*. Editorial Tecnos, S.A. Madrid. España. 1991. pp. 80 y ss.

- Utilización inconsentida por su titular: el consentimiento elimina la responsabilidad del infractor, pero se trata de un consentimiento contractual, no meramente consensual como ocurre en el caso de la intimidad.
- Con fines comerciales o análogos.
- Existencia de un daño que puede ser material o moral: el sólo uso inconsentido es ya lesivo, aunque no produzca daños pecuniarios perfectamente identificables.

Resumiendo, el derecho a la propia imagen forma parte de los derechos de la personalidad pertenecientes al ámbito de la vida personal y familiar, sustraído de intromisiones extrañas, que reviste singular importancia debido al creciente desarrollo de los medios y procedimientos de captación, divulgación y difusión de la misma, elementos que integran este derecho. Contra estas conductas el perjudicado puede ejercitar acciones conducentes a obtener medidas cautelares en evitación del daño. Es decir, en este tipo de situaciones, es un resultado más deseable la no producción del daño cuando existe una verdadera intromisión ilegítima, que la reparación indemnizadora de las secuelas ya producidas.

### **3.- Analogías y diferencias del derecho a la propia imagen con los derechos al honor y a la intimidad.**

El derecho a la imagen es distinto a los derechos al honor y la intimidad, aunque puedan lesionarse uno y otros a la vez, o ambos, o uno a través de los otros. La violación del derecho al honor o de la intimidad puede tener lugar por medio de la reproducción de la imagen personal del ofendido, y a *contrario sensu*, la reproducción o difusión de la imagen sin consentimiento de la persona, es violación de un derecho de la personalidad, aunque no sea violatorio del honor ni de la intimidad.

La configuración de la propia imagen como objeto de un derecho con protección autónoma, al margen de la tutela que merezcan la intimidad y el honor, viene a zanjar una cuestión muy debatida. Ello supone pensar si algunas intromisiones ilegítimas al derecho a la imagen pueden alterar el derecho al honor —trucajes de fotografías, fotos en situaciones violentas o ridículas, etcétera— y la intimidad —toma subrepticia de fotografías en momentos y lugares de la vida privada—, pero otras son propias de esta figura, como la captación o divulgación de fotografías tomadas en lugares públicos o su utilización con finalidades comerciales sin el consentimiento del titular. Toda persona tiene derecho a no ver reproducida su imagen sin su consentimiento o de tal forma que su intimidad o su reputación puedan ser perjudicadas.

El punto de nacimiento del derecho a la imagen descansa sin discusión en el derecho a la intimidad. Pero los intereses protegidos son distintos, el primero se refiere al aspecto externo de la persona, obtenida y reproducida sin su consentimiento.

La imagen de una persona constituye una realidad autónoma y susceptible por sí misma de una protección jurídica que guarda estrechas relaciones con los derechos al honor y a la intimidad; así el honor puede ser violado por medio de la imagen personal del ofendido, o toda persona tiene derecho a la no reproducción de su imagen de tal forma que su intimidad pueda quedar perjudicada, pero se trata de distintos derechos.

Por lo que al derecho a la imagen se refiere, de su propia definición se desprende la imposibilidad de predicarlo en los casos de las personas morales.

#### **4.- Legislación comparada.**

El derecho a la propia imagen está regulado en los Códigos civiles de distintas legislaciones y en las Declaraciones de derechos de todo tipo de organismos. Incluido en las leyes sobre derechos de autor lo tienen la Ley alemana de 9 de enero de 1907, la argentina

de 26 de septiembre de 1933, la búlgara de 12 de noviembre de 1951, la egipcia de 24 de junio de 1954, la italiana de 22 de abril de 1941, y la suiza de 7 de diciembre de 1922 y la mejicana de 24 de diciembre de 1996.

Otras contemplan el derecho a la imagen dentro de las leyes de propiedad intelectual, como la Ley austríaca de 9 de abril de 1936, la belga de 22 de marzo de 1886, la inglesa de 7 de noviembre de 1956, y la uruguaya de 17 de diciembre de 1937, entre otras.

En Estados Unidos, particularmente en el Estado de Nueva York, la "*Cahill's Law*" de 1930 considera culpable de delito a quien utilice con fines publicitarios o para comercio, el retrato o la imagen de una persona viva sin su consentimiento.<sup>43</sup>

La Ley francesa de 17 de julio de 1970 protege también los atentados contra este derecho, pero vinculándolo a intromisiones ilegítimas en la intimidad de las personas, y como ya mencionamos anteriormente, la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo en España, contiene una avanzada regulación en esta materia, brindándole un tratamiento completamente autónomo del resto de las figuras con las que se le asimila tradicionalmente.<sup>44</sup>

#### **D.- Derecho al nombre.**

En todos los tiempos se ha tenido la necesidad de utilizar signos que distingan a las personas del resto de sus semejantes, a fin de reafirmar su propia individualidad. Estos medios de individualización pueden ser de carácter verbal, como el nombre, el apodo, el seudónimo, y de carácter figurativo, como los escudos de armas, los tatuajes, el sello, etcétera.

---

<sup>43</sup> Ibid. p. 76.

<sup>44</sup> Vidal Martínez, Jaime. Ob.cit. pp. 111 y ss.

Entre los derechos básicos o fundamentales de la persona, el derecho al nombre encuentra su razón de ser en la necesidad imperiosa de individualizar a cada uno de los miembros de la sociedad, permitiendo así su identificación personal.

### 1.- Breve reseña histórica.

El fenómeno jurídico del nombre se ha producido de una manera espontánea y se ha venido desarrollando durante siglos al margen de toda intervención legislativa. Nace como una necesidad del lenguaje; la designación de las personas y de las cosas son las más elementales manifestaciones del lenguaje.

En los pueblos antiguos (hebreos, griegos, iberos...) se usaba un solo vocablo para la designación de las personas que equivalía al actual nombre propio o individual; baste citar los nombres bíblicos: David, Isaac, José, o algunos nombres ibéricos: Mandonio, Alcón, Viriato, si bien en ocasiones se le añadía la mención del nombre del padre o de la *gens* o de alguna característica peculiar del sujeto a modo de sobrenombre —Aquiles, hijo de Peleo, Ulises el Prudente, Tales de Mileto, Jesús de Nazareth—.

En la Roma primitiva no parece haber existido más que un vocablo para la designación de la persona (Rómulo, Fáustulo), pero con su crecimiento y desarrollo se hizo necesaria la utilización de hasta tres elementos identificativos: el *praenomen*, impuesto por el padre en una ceremonia que tenía lugar a los nueve días del nacimiento, por ser este el plazo exigido para reputarse nacido y sujeto de derechos y obligaciones, y que marcaba la pertenencia a una familia (Marco, Cayo, Aurelio); el *nomen gentilicium*, que era la referencia al linaje o la designación común de todos los miembros de la *gens* (así, la estirpe Julia o Cornelia); y el *cognomen* que servía para distinguir las diversas ramas de la *gens* (así, había Cornelios Escipiones, Cornelios Balbos). Estas tres denominaciones formaban la *tria nomina*, si bien en el caso de los patricios en ocasiones se agregaba el *agnomen* que se llevaba generalmente como distinguo honorífico (Publio Cornelio Escipión Africano). Por

supuesto, todas estas distinciones eran prerrogativa exclusiva de los varones romanos que gozaban de plena capacidad, no para las mujeres, ni los esclavos.<sup>45</sup>

Entre los primitivos pueblos de la península ibérica no se conocía otro nombre que el individual, los celtas agregaban la denominación de la *gens* a la que pertenecían. Entre los visigodos y durante la Alta Edad Media se mantiene el uso de un solo vocablo, y no es sino a partir del siglo IX que comienzan a aparecer junto al nombre individual, un segundo elemento, que podía ser el nombre del padre<sup>46</sup> o un vocablo que designaba algún rasgo físico o moral, o la profesión, lugar de nacimiento, nombres de animales, apelativos, etcétera.<sup>47</sup> No obstante, es a partir de la Baja Edad Media cuando estos nombres patronímicos y sobrenombres comienzan a vincularse a cada familia y a transmitirse hereditariamente.

A partir del siglo XVI es que se comienza la costumbre española de utilizar el doble apellido precedido por el paterno y seguido del materno con el establecimiento de Registros parroquiales, pero no queda establecida rigidamente como una obligación, hasta el siglo XVIII con la dinastía borbónica, y más aún en el XIX con la creación, en 1870, del Registro Civil en España.

## 2.- Concepto.

Una definición enciclopédica del nombre alude a él como la palabra que se apropia o se aplica a los objetos y a sus cualidades para hacerlos conocer y distinguirlos de los otros, y el que se da a las persona o a las cosas para distinguirlos de las demás de su especie o clase. Su término, de origen latín —*nomen-nominis*, derivado del *gnōs* [*gnōs*] *cere*, conocer y más

<sup>45</sup> Linacero de la Fuente, María. *El nombre y los apellidos*. Editorial Tecnos, S.A. Madrid, España, 1992. pp. 12 y ss.

<sup>46</sup> El nombre del padre podía aparecer en varias formas: o agregando "*filius de*", o en el caso de los árabes agregándole la partícula "*ibn*", o la judía "*ben*", o la castellana "*iz*" o "*ez*".

<sup>47</sup> La designación de las personas por estas particularidades es el origen de muchos de los actuales apellidos, como Calvo, Delgado, Feliciano, Herrero, Alemán, Sastre, Valiente, Lobo, del Río, Navarro, de la Fuente, León, etcétera.

remotamente de la raíz indoeuropea antigua *nam*— incluye, tanto el denominado nombre individual o de pila, como el nombre de familia o apellido.<sup>48</sup>

Federico de Castro y Bravo lo define como “el conjunto de palabras con las que jurídica, oficialmente, se individualiza, se identifica y designa a cada persona”,<sup>49</sup> Ernesto Gutiérrez y González como “...el bien jurídico constituido por la proyección psíquica del ser humano, de tener para sí, una identificación exclusiva respecto a todas las manifestaciones de su vida social.”<sup>50</sup>; y Rodríguez Castro como “Aquella expresión lingüística que permite la identificación e individualización de las personas, cuya imposición constituye una exigencia ineludible del desarrollo de la personalidad en la esfera social y que es tutelado por el Derecho en cuanto forma de vida humana social.”<sup>51</sup>

El nombre ocupa un lugar primordial, hasta el punto de ser reconocido como un derecho más de la personalidad. Como fenómeno social, el nombre civil es un medio de individualización de carácter general en cuanto se emplea para designar a la persona en el conjunto de sus relaciones, y en todos los ámbitos de su vida; es un signo necesario del que no cabe prescindir y sin el que nadie puede desenvolverse socialmente; es un signo verbal idóneo para compendiar en forma unitaria y resumida, sintética y abreviada, toda referencia a la personalidad del sujeto; es un signo artificial o convencional especialmente creado con la finalidad de individualizar a las personas; y finalmente, es un signo estable y permanente, que sólo puede ser cambiado de modo excepcional y restringido.

Como fenómeno jurídico, a los elementos apuntados anteriormente se les agrega su particular composición —apelativo individual y dos apellidos—, y la obligatoriedad de su registro y uso como signo oficial de diferenciación.

<sup>48</sup> Corominas, Joan y José A. Pascual. Ob.cit.

<sup>49</sup> Castro y Bravo, Federico de. *Temas de Derecho civil*. Ob.cit. p. 25.

<sup>50</sup> Gutiérrez y González, Ernesto. Ob.cit. p. 840.

<sup>51</sup> Rodríguez Castro, J. *El nombre civil propio de las personas físicas y el Registro Civil*. Revista Actualidad Civil. Tomo 1988-1. Madrid. España. p. 1001.

La eficacia individualizadora del nombre no es absoluta, depende en mucho de la notoriedad del sujeto y de la amplitud del círculo social en que se desenvuelve. Entre juristas, la mención de «Hering», «Justiniano», o «Carnelutti», evocan al sujeto sin necesidad de más, entre políticos de un determinado país o de relevancia internacional, puede bastar la sola mención del nombre con que se han dado a conocer, en un ámbito local restringido y en el círculo familiar o de amistades, es suficiente el empleo del nombre individual para que se cumpla la función distintiva; pero fuera de estos casos es necesario el nombre completo que en ocasiones sigue resultando insuficiente, por no hablar de los casos en que existe homonimia total.

### **3.- Naturaleza jurídica del nombre.**

El nombre resulta enmarcado dentro de los derechos de la personalidad, participando de la naturaleza y atributos de éstos y fundamentalmente de la especial tutela y protección que el ordenamiento jurídico brinda a los mismos.

Mucho se ha discutido acerca de la naturaleza jurídica del nombre; éste pertenece de alguna forma al individuo, pero también tiene una proyección para con los demás. Mediante el nombre, la persona distingue su individualidad de la de los demás integrantes de la sociedad, es un signo distintivo visto en un aspecto público. Pero el nombre es también la evocación de las cualidades morales de la persona. Nos sirve para identificarnos, para diferenciarnos de los demás, y para que nos identifiquen y diferencien de ellos.

El poder determinar su verdadera naturaleza jurídica nos permitirá la comprensión de todo su régimen jurídico y las soluciones a adoptar en casos de oscuridad de la ley. Existen diversas posiciones doctrinales que explican este particular.

Unas lo consideran como un derecho de propiedad con un tratamiento especial, concepción que aparece en la etapa en que la idea del patrimonio inundaba el Derecho

privado en general; no puede aplicársele regulaciones sobre la usucapión, pero puede usarse, disfrutarse, y obtener beneficios económicos con su utilización.

Otros autores, entre los que se encuentran el dueto Planiol-Ripert y Bercovitz, consideran que el nombre es una institución de orden público o de policía. Para muchos el derecho al nombre queda reducido a una institución administrativa de importancia únicamente para el Estado, por medio de la cual puede identificar a sus ciudadanos en beneficio de las relaciones con la Administración y entre los particulares.<sup>52</sup> Pero esto no es así; el nombre define signo de pertenencia a una familia, del cual se derivan determinadas relaciones de filiación y parentesco, y una vez identificada una persona, no puede ser usurpada su identidad, ni afectada, por ello, su honorabilidad, ni su integridad.

Otros consideran el nombre como derecho de familia o elemento del estado civil, pero esto sólo se refiere a los apellidos, no al nombre individual, o como un derecho subjetivo, cuestión que ha sido motivo de una famosa y amplia disputa doctrinal entre Planiol y Bonecasse.

Los más consideran actualmente que el nombre es un derecho de la personalidad. Demófilo de Buen, al comentar la obra de Colint y Capitant, afirma que si bien el derecho sobre un determinado nombre pudiera considerarse como un elemento del estado civil, el derecho al nombre como signo de individualización, es un derecho de la personalidad.<sup>53</sup> El nombre usado como signo distintivo de la persona lo convierte en un atributo esencial de su propio ser, de su personalidad, inseparable de la persona, que le acompaña por toda la vida.

Una última corriente asume posiciones eclécticas destacando los diversos aspectos del nombre en dos sentidos fundamentales: como obligación establecida por el Derecho público en razón de un interés general de individualización e identificación de las personas, y como un bien jurídico de carácter privado atribuido a cada persona como un derecho de la

<sup>52</sup> Bercovitz, Rodrigo. Ob.cit.

<sup>53</sup> Colint, Ambrose y Henri Capitant. *Curso elemental de Derecho civil*. Traducción de Demófilo de Buen. Tomo I. Madrid. España 1941. p. 721.

personalidad que el ordenamiento jurídico tutela para la protección del interés particular de la propia individualización.

Lucas Gil estima que, si hablamos de un derecho al nombre en abstracto, como el derecho que tiene todo ser humano a ostentar un nombre que le distinga, no hay problemas en catalogarlo como un derecho de la personalidad. Pero el nombre atribuido en concreto a un sujeto determinado conduce a afirmar que la naturaleza jurídica del nombre civil no puede ser otra que la de constituir un instrumento necesario para la adecuada individualización de las personas como unidades del grupo social.<sup>54</sup>

Como el nombre responde a la necesidad de identificar a la persona, es obligatorio tener un nombre, y no sólo eso, sino que es obligatorio usarlo; no depende el tenerlo o no tenerlo de la voluntad del sujeto, sino de la necesidad de que todos los hombres vivan en una sociedad de manera organizada, y es necesario para ello que se puedan identificar.<sup>55</sup>

#### **4.- Caracteres del nombre.**

- Es un derecho absoluto en el sentido de que puede ser opuesto contra todos (*erga omnes*).
- Tiene un valor moral, inestimable en dinero, extrapatrimonial. Esto es cierto sólo en el plano de la teoría, pues frecuentes son los conflictos alrededor del nombre que tienen un marcado interés económico.
- Está vinculados a una relación familiar (los apellidos).
- Está vinculado al deber-obligación de su uso.

---

<sup>54</sup> Lucas Gil, Francisco. *El nombre civil de las personas naturales en el ordenamiento jurídico español*. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. España. 1978. pp. 76 y 77.

<sup>55</sup> Pacheco Escobedo, Alberto. Ob.cit. pp. 121 y 122.

- Es inmutable, salvo en los casos excepcionales que para su cambio dispone la ley.
- Es indisponible en cuanto nadie puede renunciar, ceder, enajenar o transmitir su nombre. El nombre está fuera del comercio humano, es inalienable; pero esto tampoco puede proclamarse como principio absoluto, ya que tiene varias excepciones, como en el caso de las adopciones de menores en que se puede convenir la transmisión o no de los apellidos del adoptante al adoptado, o en los casos de cambio de nombre en que se renuncia al nombre anterior, y muchos otros supuestos que significan actos de disposición.
- Es, además, imprescriptible, pues nadie adquiere un nombre que no le pertenece por el uso prolongado del mismo, ni se pierde por su desuso. La defensa del derecho al nombre tiene que ver tanto con la defensa de la fe pública que de la propia esfera privada.

El nombre civil está constituido por el apellido o patronímico distintivo de la filiación, y por el nombre propiamente dicho, o nombre de pila, distintivo de la persona individual. Pero también existe el seudónimo, que es el nombre elegido voluntariamente por una persona para distinguirse dentro de determinado ambiente, generalmente artístico o literario; o como medio de protección de su intimidad personal. Ambos supuestos pueden alcanzar, y de hecho alcanzan a tener relevancia para el Derecho, y de ello se deriva la consiguiente necesidad de que sea protegido como si se tratase del nombre propio.

Aunque no se trata de derechos esenciales que permitan sean considerados como derechos de la personalidad —por no estar presentes en todas las personas, sino en algunas dentro de aquellos países que conservan la tradición, o que por su esfuerzo lo han alcanzado— pero por tener conexión con esta materia, me referiré a los títulos nobiliarios, profesionales o académicos, y a otros de semejante naturaleza. Los títulos nobiliarios son

reconocidos y protegidos por el orden jurídico de los países que conservan esta costumbre, su usurpación está prohibida, y se refiere a un elemento de identificación más de una persona destinada a distinguir a su titular y sus descendientes. Su estructura verbal está compuesta de dos elementos: una mención honorífica genérica —conde, duque, marqués, barón, príncipe— y la denominación específica que alude a la región o apellido ilustre de que se trate. Sus características difieren en muchos sentidos de las del nombre civil, en principio puede cederse, renunciarse, o transmitirse por herencia.

Objeto de tutela, como prerrogativa del nombre, son los títulos académicos y profesionales, castigándose su usurpación o su uso indebidos en las diversas legislaciones. Por ejemplo, en México existe la Ley de Profesiones que reglamenta las bases para la obtención y el uso adecuado de los títulos profesionales; en el Código civil, en su artículo 2608 se establece la imposibilidad del cobro o retribución por los servicios profesionales prestados por personas que carecen del correspondiente título en las profesiones que así se requiera; y en el Código penal está castigada la usurpación de profesiones.

El nombre religioso, por su parte, es el adoptado por la persona en el momento de ingresar en determinada orden monástica, o el que se adquiere por los cardenales de la Iglesia católica al ser elevados a Pontífices. Los apodos, mote o sobrenombres, diminutivos o apelativos familiares, pese a su carácter extraoficial, pueden llegar a tener una cierta relevancia jurídica, y necesitan de su regulación o al menos previsión. Se distinguen del seudónimo, en que es elegido, no por uno, sino por los demás, y puede o no ser aceptado por el sujeto.

Por último, el nombre comercial usado por el titular de una empresa mercantil, se diferencia esencialmente del nombre civil en que sí tiene un valor económico objetivo, y es por ello susceptible de disposición, y confiere a su titular el derecho absoluto de su uso exclusivo.

## 5.- Legislación comparada.

En la mayoría de las legislaciones, la imposición del nombre propio se rige por el principio general de la libertad de elección, con escasas limitaciones. En el Derecho alemán e inglés, se permite la libre elección y el cambio del nombre con la única restricción de que no suscite dudas en cuanto al sexo; es clásica la disposición de que *«any person, man or woman, may use name her or she wishes so long as the use is non-fraudulent»*.<sup>56</sup>

En el resto de los derechos europeos las limitaciones se establecen con el fin de proteger la dignidad del nacido, y por el interés del Estado de identificar a sus ciudadanos. En Italia, el ordenamiento sobre el Estado civil prohíbe la imposición de nombres propios «ridículos», en Holanda el Código civil prohíbe los nombres «inadecuados», Suiza rechaza los nombres «chocantes y absurdos» y en Austria se declara la ilicitud de aquellos vocablos que induzcan a confusión en cuanto al sexo.

En España y Portugal rigen múltiples limitaciones a la libertad de elección del nombre propio. No se admiten nombres extranjeros, ni con grafía incorrecta, ni que contengan vocablos indignos o contrarios al decoro, ni permite la homonimia entre hermanos, o nombres que siembren dudas respecto del sexo o ambiguos para su determinación, se prohíbe convertir en nombre propio los apellidos, etcétera.<sup>57</sup>

En los Tratados internacionales queda igualmente consagrado este derecho: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos suscrito en Nueva York el 16 de diciembre de 1966, en su artículo 24.1 establece que todo niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre.

---

<sup>56</sup> Luces Gil, Francisco. Ob.cit. pp. 97 y ss.

<sup>57</sup> Ibidem.

### **E.- Derecho a la identidad personal.**

La identidad puede definirse, en un principio, como el modo de ser de cada persona proyectada a la realidad social. Pese a no existir como un derecho subjetivo tipificado normativamente en casi ninguna de las legislaciones vigentes en los diversos países, ni aparece registrado en el catálogo tradicional de derechos subjetivos que manejan los juristas, constituye un interés existencial digno de tutela jurídica, que nace y se define en la persona humana. La jurisprudencia y la doctrina de vanguardia han llamado la atención sobre la necesidad del amparo de esta novedosa institución en camino de configurarse jurídicamente como un derecho subjetivo perfecto.

La identidad de la persona no se agota con los caracteres que externamente la individualizan y que conforman sus signos distintivos, sino que incluye un conjunto de valores espirituales que definen la personalidad de cada sujeto, sus cualidades, atributos, sus pensamientos que permiten traducirlos en comportamientos efectivos de proyección social, que no interna.

Consiste en que cada persona no vea desnaturalizada, ni alterada, ni negada la proyección externa y social de su personalidad, de su patrimonio cultural propio, integrado por una multiplicidad de aspectos intelectuales, ideológicos, políticos, sociales, religiosos y profesionales que conforman a la persona.

La tutela jurídica requerida se dirige a impedir la desfiguración de lo que significa su verdad personal. Integra un bien especial y fundamental de la persona, que es ser respetado por parte de los terceros en su modo de ser en la realidad social, o sea, que el sujeto vea garantizada la libertad de desarrollar integralmente la propia personalidad individual.

## 1.- Breve repaso histórico.

Si la atención de la ciencia jurídica hacia los derechos de la personalidad data de fecha relativamente reciente, la preocupación por la delimitación teórica del derecho a la identidad personal y su distinción o deslinde de otros derechos de las personalidad, aparece todavía más tardíamente, a principios de la década de los años 80 del presente siglo, sobre todo en Italia, en donde un restringido número de juristas defiende la existencia, noción, alcances, caracteres y problemáticas del derecho a la identidad personal. La configuración de este derecho debe agradecerse enteramente a la jurisprudencia que ha sembrado en el ánimo de muchos tratadistas la semilla que ha hecho despertar su desarrollo doctrinal de ya múltiples y destacados juristas; apareció de lo concreto de los hechos y de las decisiones de los jueces.

Los antecedentes jurisprudenciales más remotos que han proporcionado las raíces teóricas del derecho a la identidad personal aunque no de manera tan precisa, se sitúan en varias sentencias dictadas por la Corte Suprema de Italia: la primera de ellas fue dictada en 1960 y ya se hacía referencia a la falsa representación de los caracteres esenciales de la personalidad pero circunscribiéndolo al ámbito de la intimidad o la verdad histórica; en 1963, como resultado de un conflicto suscitado por la publicación novelada de la vida del famoso tenor italiano Enrico Caruso, se pronunció el alto tribunal en favor de la tutela de lo que se podría llamar la «verdad biográfica» de este personaje en cuanto a los elementos definitorios de su personalidad, sus diversas facetas, quedando libre la creatividad literaria sólo en aquellos supuestos que no entrañaren deformaciones de la personalidad del sujeto; y en 1971 llegó a definirse el derecho a la identidad personal como el que tiene cada individuo a ser reconocido en su peculiar realidad, con los caracteres y acciones que lo distinguen respecto de cualquier otro individuo.<sup>58</sup>

---

<sup>58</sup> Fernández Sessarego, Carlos. *Derecho a la identidad personal*, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires. República, Argentina. 1992. p. 30.

Ya a partir de 1974 se comienza a utilizar propiamente el término de identidad personal en una sentencia del Tribunal de Roma que marcó la pauta para la aparición definitiva de la preocupación científica sobre este derecho de la personalidad. El caso en cuestión se refería a la aparición de un cartel publicitario en que se representaba a un hombre y a una mujer conocidos públicamente como vinculados conyugalmente sin estarlo, y manifestándose en contra de la abrogación de la ley del divorcio en Italia, cuando en realidad eran coautores de la citada ley, y por ello, notorios partidarios de su mantenimiento. El juez consideró que a través del cartel se habían lesionado tanto el derecho a la imagen de las personas involucradas, por no constar su consentimiento expreso para ello, y el derecho a la identidad personal no regulado por el ordenamiento jurídico pero sustentado en una norma de tipo general de rango constitucional que obliga al respeto de los derechos inherentes de las personas. La identidad de los sujetos cuyas imágenes fueron reproducidas fue desnaturalizada varias veces, haciéndolos aparecer en una posición ideológica, familiar y social distinta a la que en realidad defendían y representaban los implicados, y por ello se dispuso cesara la colocación de los referidos carteles, así como la publicación de un comunicado periodístico dirigido a restablecer la «verdad personal» que había sido distorsionado. Aunque esta sentencia no logra la delimitación suficiente entre los conceptos de reputación personal e identidad personal, fue el primer paso para la configuración de la noción moderna de este esencial derecho.<sup>59</sup>

En 1980, un fallo del Tribunal de Milán declaró ilícito el aprovechamiento de unas declaraciones formuladas a la prensa por un destacado científico, utilizadas fuera de contexto y sin el asentimiento del declarante por un fabricante de cigarrillos para promocionar una marca de reciente aparición, haciendo parecer que, según la opinión de este científico, la marca y tipo de cigarrillo publicitado no era dañino para la salud, cuando era público y notoria la oposición de este médico al uso del tabaco. Este hecho fue considerado como una distorsión de la personalidad y de la notoria seriedad científica públicamente proyectada en el tiempo por el reclamante, contrastando su brillante trayectoria de investigador con una representación inexacta de su patrimonio intelectual,

---

<sup>59</sup> Ibid. pp. 31-36.

ético y profesional; es decir, se trataba de una intencionada distorsión de la identidad personal. Pero el error de la sentencia se manifestó en apoyar su fundamento normativo en el mismo que protege el nombre de la persona contra todo intento de usurpación, cuando en realidad se trataba de un caso de desnaturalización de la representación externa de la personalidad.<sup>60</sup>

En tres sucesivos certámenes jurídicos se debatió la problemática del derecho a la identidad personal: los Congresos celebrados en Génova y Roma en 1980, y en Messina en el año 1982.

A partir de este momento se advierte un pausado pero seguro proceso de decantación del derecho a la identidad personal. Tanto jurisprudencial como doctrinalmente se van delimitando sus alcances teóricos y se han hecho más nitidas sus diferencias con otros derechos de la personalidad con los que guarda estrecha y esencial vinculación.

## **2.- Contenido del derecho a la identidad personal.**

La identidad personal es el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad. No debe confundirse con el clásico signo distintivo personal, que es el nombre, o con la imagen, pues se trata de la proyección exterior de todo aquello que hace que cada cual sea uno mismo y no otro, y que permite a los demás conocer a *cierta* persona en su «mismidad», en lo que es ella en cuanto específico ser humano. Con independencia de algunos específicos derechos relativos a determinados aspectos de la identidad física o biológica de la persona, existe en el ser humano un interés mucho más profundo de carácter existencial relacionado con la proyección social de sus atributos, de su verdad personal, de su riqueza ideológica y cultural, sus pensamientos, sus cualidades, que definen su personalidad y lo hacen ser él mismo y no otro.

---

<sup>60</sup> Ibid. pp. 68 y ss.

La personalidad de los seres humanos se manifiesta de dos maneras: como identidad estática, física; y como identidad dinámica, como un complejo conjunto de atributos y calificaciones de la persona. Esta última expresión es el nuevo interés existencial que tiende a incorporarse a los ordenamientos jurídicos con la denominación de derecho a la identidad personal, como derecho subjetivo perfectamente definido que constituye el patrimonio ideológico-cultural de la personalidad, la suma de los pensamientos, opiniones, creencias, actitudes, reacciones, etcétera; todo aquello que define la personalidad proyectada hacia el exterior. No obstante que ambas manifestaciones estática y dinámica de la personalidad se complementan para formar la totalidad unitaria de la identidad de un sujeto, la primera responde más a signos de identificación descriptiva de elementos menos variables y más persistentes (composición topográfica y antropométricas del sujeto, marcas dactiloscópicas, timbre de la voz, el nombre y la presencia física) que no agotan el conocimiento de un ser humano, proporcionando únicamente los datos de su contorno.

En su expresión dinámica la protección de la identidad significa la no alteración, desnaturalización o negación de la proyección externa, social de su personalidad, lo que es lo mismo, que no se discuta, distorsione, o recorte o niegue lo que constituye la riqueza cultural íntegra del sujeto, formado por multiplicidad de aspectos y que conforman su «verdad personal».

El nuevo interés que se pretende tutelar como derecho subjetivo autónomo se reconoce en el patrimonio cultural, religioso, ideológico, político, profesional, sentimental y social de la persona, en "el estilo individual y social del sujeto."<sup>61</sup> Esta faceta de la identidad en su proyección social complementa aquella otra que sí ha sido tutelada jurídicamente, como son el nombre, el seudónimo, la imagen o la voz, perfil que conforma el plano estático de la identidad.

---

<sup>61</sup> Macioce, Francesco. *Tutela civil de la persona y la identidad personal*. Editorial Cedam. Padua. Italia. 1984. p. 8.

La protección jurídica de la identidad personal entendida en este sentido no implica que simultáneamente no se ocasionen ofensas y lesiones al honor, a la imagen, a la intimidad, o al nombre; ambas transgresiones pueden coexistir falseando o desnaturalizando la identidad misma en lo que concierne a la proyección social de la persona, a la par de agraviar su honor, o invadir su intimidad. Y asimismo, la lesión inferida a la identidad personal no tiene por qué estar necesariamente acompañada de una específica ofensa a otro particular aspecto de la personalidad como el honor, o la intimidad. Se presenta al ser humano con atributos que no le son propios de su personalidad, distorsionando u omitiendo determinados rasgos que por su trascendencia permitan caracterizarlo de modo completo y cabal, transfiguración que impide representar lo que la persona es en realidad.

A riesgo de omitir varios de los matices que engloba el derecho a la identidad personal, podría definirse el mismo a través de sus diversas manifestaciones. Consiste en el respeto por parte de terceros del modo de ser en la realidad social de un determinado sujeto, y en la garantía de la libertad de desarrollar integralmente su propia personalidad individual. Abarca los múltiples aspectos, los atributos positivos o negativos de la personalidad, lo que cada uno realmente es; será objeto de tutela entonces, la identidad real y no aquella aparente o simulada que la persona pueda arbitraria y subjetivamente atribuirse, ni la que equivocadamente se le adjudique por otras personas, siempre que ella refleje la verdad de los valores y acciones que son propios del sujeto. La proyección externa tiene que ser coherente con la verdad de los hechos a través de los cuales se manifiesta la personalidad. Su nota característica es la exterioridad, traducida en la proyección social del sujeto.

Se mencionó anteriormente el concepto de «verdad personal» para referir el significado de la identidad personal; la afirmación de este concepto constituye la nota conceptual determinante de este derecho. Suelen existir dos verdades: la subjetiva, y la objetiva, que pueden coincidir o diferir entre sí. Debe tomarse como materia de la tutela jurídica, la verdad objetiva, pues no es la proyección social de la personalidad que el sujeto pretenda difundir lo que interesa al Derecho, sino la que se forma a través de los hechos ciertos, históricamente comprobables. Esto es, cada persona tiene su propia representación o

imagen de su personalidad, que puede no ser la real, y deben tutelarse los hechos objetivos, los comportamientos explícitos. Esta «verdad personal» puede variar con el tiempo, pues el hombre en su libertad puede resultar impredecible.

Adriano de Cupis fue el primero en tratar sistemática y doctrinalmente el derecho a la identidad personal aunque en su obra se notan ciertas inconsistencias teóricas al confundir la identidad personal en su expresión dinámica vinculada con la proyección social de la personalidad, con los llamados signos distintivos de la persona que representan la identidad en su faceta estática, error que repite Messineo. Aquel divide su trabajo en dos partes: una dedicada al derecho al nombre, y la otra al derecho a la imagen, lo cual permite suponer que para De Cupis la identidad de la persona equivale a su identificación biológica y registral.<sup>62</sup> Pero los razonamientos vertidos sirven para la definición de lo que en la actualidad se considera el derecho a la identidad personal en el sentido que se ha explicado en los párrafos precedentes.

La identidad personal es “ser uno mismo...constituyendo la misma verdad de la persona...en el conocimiento, en la opinión de los otros: significa serlo también socialmente” proyección social que es susceptible de ser lesionada externamente.<sup>63</sup> Es importante para el hombre —sostiene De Cupis— no afirmarse como persona, sino como una “cierta persona”, como aquella que realmente es.<sup>64</sup>

Otros autores más modernos han superado esta limitación de sus antecesores considerando que los seres humanos se distinguen entre sí por una serie de signos externos que constituyen los perfiles estáticos de su personalidad relacionados con la identificación destinados a no cambiar en esencia, y por proyecciones externas de la esfera espiritual

---

<sup>62</sup> Cupis, Adriano de. *Il diritto della personalità*. Editorial Giuffrè. Milán. Italia. 1982.

<sup>63</sup> *Ibid.* p. 399

<sup>64</sup> *Ibid.* p. 404.

apreciadas dinámicamente en relación con las modificaciones que ella sufre según los diversos comportamientos asumidos por el sujeto.<sup>65</sup>

Esta identidad tiene su despliegue en el tiempo y en el espacio, inicia desde el momento mismo de la concepción, y se proyecta hacia el futuro. Por ello no es estática, se enriquece y se empobrece, se modifica con las experiencias pasadas, con las condiciones presentes y sobre todo con las posiciones, las aspiraciones y convicciones ideológicas, políticas y morales de cada individuo. Si no se reconociera este elemento individualizador, quedarían sin explicación muchas renuncias ideológicas o religiosas, o la superación de determinados aspectos de la personalidad que suelen ocurrir en todo ser humano.

La persona humana no puede ser tratada, manipulada o protegida jurídicamente utilizando los instrumentos que tradicionalmente se reservan para los bienes patrimoniales, sino que reclama un peculiar instrumental jurídico acorde con su condición de ser libre y creador. Necesita una protección en armonía con su realidad, unitaria e integral, en que converjan todos sus derechos. Tratándose de una situación jurídica subjetiva nos encontramos que frente al derecho del sujeto, aparece su propio deber de ser auténtico en las manifestaciones externas de su personalidad, que se exprese tal cual es.

Es sólo un problema de tiempo para que el interés existencial denominado identidad personal, que se configura por lo que constituye el patrimonio ideológico-cultural de la personalidad, sea reconocido, más allá de dudas y perplejidades, por un sector mayoritario de la doctrina y la jurisprudencia, y aceptado unánimemente por los diversos ordenamientos jurídicos positivos como un derecho subjetivo de la personalidad completo y autónomo.

---

<sup>65</sup> Tommasini, Rafael. *Il diritto alla identità personale*. Editorial Cedam. Padova, Italia, 1981, pp. 83 a la 87; y Sacalisi, Vincenzo. *La lesione alla identità personale e il danno non patrimoniale*. Editorial Gufrè. Milán, Italia, 1985, p. 119.

### **3.- Distinción entre el derecho a la identidad personal y otras figuras afines.**

En un primer momento, el derecho subjetivo conocido como identidad personal, fue confundido con otras situaciones jurídicas —derechos de la personalidad y otras figuras— que le están conceptualmente muy próximas: el nombre, el seudónimo, la imagen, la intimidad de la vida privada, el honor y la reputación. El proceso de decantación conceptual se debió a la combinación de la actividad jurisprudencial y la elaboración doctrinaria, labor que todavía puede dar mucho de sí.

La lesión a la identidad personal constituye un agravio a la proyección social de la personalidad de un sujeto, como se ha dicho, lesión que puede presentarse de manera autónoma o vinculada con ofensas al honor, la intimidad, al nombre o la imagen de la persona. Por ello es necesario distinguir los campos de acción de cada uno para lograr la más correcta tutela de los mismos.

#### **3.1.- El derecho a la identidad personal y los signos distintivos de la persona.**

Los signos distintivos de la persona identifican al sujeto en el plano de su existencia material y de su condición civil —nombre— o de la mera semblanza física —imagen—, expresión estática de su personalidad; mientras que la identidad personal distingue al sujeto en su concepción global, dinámica. Ambas figuras son los dos aspectos de una misma función jurídico-social: la individualización del sujeto, sin que pueda prescindirse de ninguna de ambas facetas si se pretende identificar a una cierta persona.

Desde siempre el nombre resumía la función identificadora del sujeto, que se vino a completar en el presente siglo con el reconocimiento del derecho a la imagen. Pero la identidad entendida en un sentido genérico muestra al ser humano en su conjunto tal cual es con sus atributos y limitaciones, lo que es imposible de aprehender mediante un único medio de identificación.

El nombre es, por tanto, uno de tantos medios de identificación estática que debe completarse con todos aquellos otros indicadores de la identidad de la persona. Tiene un relieve unidimensional que lo hace inmodificable con la excepción de los casos en que sea posible por medio de la correspondiente autorización fundada de la autoridad judicial.

En cambio, el transcurso simple del tiempo hace posible la natural evolución de la identidad personal vista en su expresión dinámica; la personalidad no se congela, se modifica, y su proyección exterior también varía. Existen personalidades que se mantienen intactas en su esencia que sólo padecen variaciones secundarias, manteniendo su signo ideológico, su concepción religiosa y moral, sus aspiraciones, vocación, metas e ideales, aunque siempre se enriquece y nutre de sus vivencias personales y derivadas de su vida en sociedad.

Sin embargo, en otros casos se producen virajes profundos, casi radicales, en que sea por convicción o por interés, se sustentan posiciones ideológicas o concepciones del mundo muy diferentes de aquellas que se ostentaron durante gran parte de la vida del sujeto. Sea para bien, o para mal, se reniega del pasado, de antiguas ideas, de viejas convicciones, se desconocen escritos, actitudes y gestos que caracterizaron en un tiempo el patrimonio cultural que se niega.

Por su parte, con la imagen se definen los rasgos somáticos, la efigie del sujeto, lo exterior y fácilmente perceptible por los demás, que no varía de modo natural salvo por la acción implacable del tiempo. Es reproducible con fidelidad por medio de la fotografía, la televisión, el cine e incluso por medio de su interpretación artística en la pintura o la escultura.

En contraste con lo estático que es connatural a la imagen, la identidad vista en la proyección social de la personalidad está en constante movimiento, aunque el ritmo de cambio varíe en de una persona a otra. Pero no pueden negarse sus íntimas conexiones. La imagen, a pesar de reflejar el exterior físico del sujeto, tiene ulterior incidencia en aspectos

internos y espirituales de la personalidad; no sólo se conocen las características físicas de un individuo, sino sus estados emocionales y comportamientos. Ambos derechos tutelan sólo facciones o manifestaciones particulares de un mismo ente.

La imagen es la expresión externa de un cuerpo, de su contorno visible, y la identidad personal, la manifestación social de lo dinámico y peculiar de cada individuo, de sus aspiraciones, vocaciones y vivencias, de su espíritu. Este espíritu de comunica por medio del cuerpo humano; así, el amor se canaliza por medio de una palabra, un beso, un gesto o un abrazo.

### **3.2.- El derecho a la identidad personal y el derecho a la intimidad.**

Los conceptos de intimidad e identidad están estrechamente relacionados en la medida que ambos se refieren a dos aspectos indisolubles de la personalidad. Para que el ser humano pueda aprehenderse como único, descubrirse en su «mismidad», requiere salir en ocasiones de los afanes de la cotidianidad para sumirse en su propio contorno, y buscar su interioridad. Si bien la identidad necesita para forjarse de la comunicación con los demás, el sujeto requiere temporalmente replegarse en su propio «yo», vivir su soledad para iniciar el proceso de búsqueda y descubrimiento de su propia identidad.

Pero en el caso de la identidad, el bien jurídico tutelado es la personalidad del individuo desplegada a través de actitudes, conductas, atributos, opiniones proyectadas hacia el mundo exterior: la verdad histórica personal. En el caso de la intimidad la situación jurídica subjetiva que se tutela es la privacidad, el espacio que el sujeto se reserva para su vida íntima que representa un interés opuesto que el que tiende a evitar que se desvirtúe la proyección social de la personalidad.

La intimidad tiene que ver con el complejo de asuntos privados del sujeto que desea sustraerlos del conocimiento ajeno, y que carecen de interés público, salvo los casos específicamente enmarcados por la ley; la identidad personal, en cambio, se refiere a

conductas que atañen a la actuación pública del individuo, todo aquello que no pertenece al mundo de la reserva y que, por lo tanto, se somete objetivamente al conocimiento de los demás.

El comportamiento que se espera de los terceros cuando se habla del derecho a la intimidad es el respeto de su sentimiento y deseo de soledad interior, de recogimiento, de no intrusión en los pensamientos o actitudes vinculados con el núcleo de su privacidad; en el caso de la identidad personal lo que reclama la persona es el respeto por la «verdad personal» proyectada hacia el exterior, que su personalidad en sentido general, con sus actitudes, méritos o defectos, sean fielmente recogidas cuidando de no alterarlas, de no apartarla de su verdad histórica.

### **3.3.- La identidad personal y el derecho al honor.**

El honor, entendido en su sentido subjetivo, es el sentimiento que tiene que ver con la estima de nuestra propia dignidad, de nuestra propia valía. Es el íntimo y raigal valor moral de la persona.<sup>66</sup> La identidad persona, por su parte, atiende a la proyección social de la personalidad en su plenitud de verdad, es un momento eminentemente objetivo en cuanto se refiere a la percepción externa a cargo de terceros, que se da y se tiene de una persona.

Las relaciones de interdependencias de todos los derechos de la personalidad sobre la unidad psicosomática que es el hombre, posibilitan que al lesionarse el honor de un sujeto, se sienta agredida su identidad personal, pero ello no hace que se confundan, sino que cada uno conserva su relativa autonomía conceptual en orden a su esencial unidad y común fundamento.

“...Para que exista lesión a la identidad personal no se requiere, necesariamente, que la inexactitud en cuanto a la “verdad personal” signifique

---

<sup>66</sup> Lepp, Ignacio. *La comunicación de las existencias*. Editorial Lohé. Buenos Aires. República Argentina. 1964. p. 24.

una alteración de índole negativa, en desmedro de la calidad de la persona. Una simple y nuda alteración sustancial de alguna importante característica, aun en la hipótesis de que ello le resulte favorable, supone una lesión a dicha verdad personal, que es el núcleo del interés jurídicamente protegido por el derecho a la identidad. En cambio, tratándose del honor de la persona, es indispensable que para que surja una agresión deba producirse una ofensa al sentimiento del propio valor personal, lo que siempre significa estar ante la presencia de una nota de carácter negativo, salvo el caso de la injuria.”<sup>67</sup>

El honor visto en su sentido objetivo se refiere a la valoración que del sujeto tienen los demás. La importancia de la verdad en la definición de la reputación la hace vincularse estrechamente con la identidad personal, pero entre ambas nociones existen líneas que las diferencian claramente. La identidad personal, como sabemos, se conforma de la proyección social de la personalidad y del conocimiento de ella por parte de los demás sujetos derivada de la vida de relación. En el honor apreciado en su sentido objetivo —reputación— lo prevalente no es la presencia del conocimiento de lo que representa y significa la persona en su desenvolvimiento social, sino la valoración que de la persona se forja la colectividad, el juicio crítico de valor que de la misma se haga por los demás. “En la identidad personal, el sujeto exige que no se falsee su “verdad histórica”, mientras que en la reputación se atiende a... la reacción que... los demás se forjan en cuanto a su “verdad”... a partir de la verdad, los “otros” valoran la personalidad.”<sup>68</sup>

#### **4.- Legislación comparada.**

Las Constituciones y códigos más recientes van incorporando cada vez más, y de modo más explícito y completo, lo que podría denominarse genéricamente, como una cláusula general de tutela de la persona, dentro de la cual se encuadraría perfectamente la protección al derecho a la identidad persona.

<sup>67</sup>Fernández Sessarego, Carlos, Ob.cit. p. 188.

<sup>68</sup>Ibid. p. 193.

Así lo hacen las Constituciones italianas en sus artículos 2 y 3 que amparan y garantizan los derechos inviolables del hombre y el pleno desarrollo de la persona humana; la Constitución del Perú en su artículo 4 en que se hace extensiva la protección del ser humano a todos aquellos intereses existenciales análogos a los derechos específicamente tutelados por el ordenamiento jurídico positivo, o los que derivan de la propia dignidad de la persona; las Constituciones de Bélgica (artículo 23), Grecia (artículo 5), y España (artículo 10), en que se ampara el derecho al libre desarrollo de la personalidad y a llevar una vida conforme a la dignidad humana. Sólo la Constitución de Portugal de 2 de abril de 1976 recoge el derecho a la identidad personal de forma expresa en su artículo 26.<sup>69</sup>

El Código civil alemán en su artículo 823 deja abierta la posibilidad de tutela judicial, además de la referida a los derechos específicamente enumerados y relacionados con la libertad y la integridad física, a todos los otros derechos que se comprenden en la norma bajo la expresión de "ulteriores derechos".

Ha sido la jurisprudencia, sobre todo la emanada de los tribunales italianos, la encargada de delinear los contornos y alcances de este esencial derecho de la personalidad.<sup>70</sup>

## **II.- Aquellos que atienden al ámbito externo y físico del individuo.**

### **A.- Derecho a la vida.**

#### **1.- Contenido.**

El derecho a la vida es un valor en sí, anterior a la sociedad y a las instituciones políticas. Es el primero y más importante de los derechos de la personalidad. Perteneció al individuo por el simple hecho de la personalidad, adquirida con el nacimiento. El Derecho

<sup>69</sup> Álvarez Veliz, María Isabel y María Fuencisla Alcón Yustas. *Las Constituciones de los quince Estados de la Unión Europea*. Editorial Dykinson. Madrid, España. 1996.

<sup>70</sup> Cfr. Fernández Sessarego, Carlos. Ob.cit. pp. 53 a la 98

existe para respetar y hacer que se respete la vida de los hombres. Sin la vida carecen de sentido el resto de los derechos, pues no tendrían eficacia ni posibilidades de existencia.

Como esencial derecho subjetivo, junto al derecho de vivir que todos los seres humanos tienen, existe su correlativo deber de respetar la vida de los demás. Pero la vida no posee un valor individual únicamente, sino también social y familiar, tiene un fin trascendente, más allá del propio sujeto, y es por ello que se recrimina el acto de disposición libre de la propia vida. Hoy no se pone en duda el derecho a la vida cuando se contempla desde el punto de vista de la conservación, pero aún se niega cuando se contempla desde el punto de vista de la disponibilidad propia por parte del individuo.

Esta es la base argumental para no aceptar el suicidio, que es todavía en algunas legislaciones sancionado penalmente su auxilio o al que lo intente en su propia persona. Pero estas cuestiones a veces escapan de su puro tratamiento jurídico y atañen más a cuestiones éticas íntimas de la persona.

Este tema ha provocado encendidas confrontaciones teóricas; contraria a la corriente anterior,<sup>71</sup> se estima por muchos tratadistas que la persona posee un bien, no superior al de su propia vida, pero sí equivalente a ella, que es el derecho a la libertad, manifestada en la decisión sobre su misma existencia. La vida es libertad, y sin ella, no vale nada. No cabe duda que la persona puede rehusar someterse a una intervención quirúrgica o a un tratamiento médico, aunque se considere indispensable para la conservación de su vida. En tal caso, la persona debe ser considerada como un ser libre, que debe hacer valer su libertad de autodeterminación, de obrar bien o mal, de ser dueña de su destino. Existir en el hombre, es vivir. Pero el hombre más que vida, es libertad, se desintegra en su ser cuando deja de ser libre.

---

<sup>71</sup> Cfr. Díez-Picazo Ponce de León, Luis. *Sistema de Derecho civil*. Volumen I. Editorial Tecnos, S.A. Madrid, España, 1984.

El individuo no puede decidir sobre su propia vida por carecer de legitimación dispositiva sobre ella; el derecho a la vida entraña el deber de respetar la vida ajena y también la propia. Pero si esto fuera rigurosamente cierto, ¿por qué se admiten situaciones de riesgo para la vida, como la práctica de determinados deportes considerados hasta divertidos, y que son sumamente peligrosos, como el boxeo o el motociclismo, o no se cuestionan los actos en que se pone en riesgo la vida por ayudar a otros que se encuentran en peligro? Los mismos supuestos que se eligen para que se soporte semejante análisis ante estos eventos, podrían inspirar otros actos distintos en que se dispone de la vida por razones de humanidad.

Como el suicidio, el tema del reconocimiento del derecho a la vida genera otras múltiples y muy diversas derivaciones, que en los momentos que corren adquieren una especial relevancia, y a las que dedicaremos parte del capítulo cuarto de este trabajo. El aborto y la eutanasia, por ejemplo, son temas de constante debate en la actualidad.

La eutanasia es un tema de gran repercusión actual. Desde la antigüedad, y motivados por diversas justificantes, los pueblos la practicaron. Es muy viejo el dilema de justificar el derecho de la sociedad de dar muerte por razones piadosas. No es fácil adoptar una postura en este tema exenta de apasionamientos, y de contenido enteramente objetivo, mucho menos simplista, por el profundo conflicto de intereses que provoca; por una parte existe siempre la esperanza latente de que suceda un milagro, que uno mismo o un familiar cercano pueda sobrepasar una enfermedad evidentemente mortal, y por otra, verlo sufrir sin remedio, padeciendo la degradación física y psíquica que se derive de la misma.

Estas posiciones nada tienen que ver con la fe cristiana, que considera que sólo Dios tiene dominio sobre la vida y destino de los hombres; qué sería más cristiano que evitar a un enfermo la agonía de un penoso y doloroso proceso de deterioramiento de la salud y de sus facultades físicas y mentales. Hay que tener muy claro que se trata de la eutanasia que deriva del sentimiento de piedad y de la compasión, que es pedida por el propio enfermo en plenitud de conocimiento de lo que se le avecina, o cuando la solicitan sus familiares por

depender aquel enteramente de medios externos de subsistencia. No a la eutanasia económica preconizada en su momento por Malthus, ni a la eutanasia genérica, cuando se trate de sujetos nacidos con ciertas discapacidades, o a la racial o religiosa practicada en la Segunda Guerra Mundial.

Cierto es que el consentimiento de la víctima no quita al acto su naturaleza antijurídica, se trata sin dudas de un homicidio. Pero hay que atender también a razones de humanidad, y equilibrar los intereses jurídicos y bienes que se pretenden tutelar. La vida es uno de los más preciados bienes del hombre, si no el más preciado, pero se trata de la vida digna, útil y plena.

Según Herrera Jaramillo, al hombre "...su principio y final escapan de sus dominios, y su fin natural es vivir, lo que se desprende su deber de conservar la vida, ha sido llamado a la vida y no a la muerte."<sup>72</sup>Acto seguido afirma que al hombre se atribuyen sólo derechos de usufructo y administración sobre su cuerpo y su vida, y no un título de dominio directo. El derecho a la vida se tiene para cumplir con el deber de conservación, sin que exista correlación paralela entre derecho-deber; y la misma termina con la muerte, que es una condición de la existencia que debe ser aceptada pero no buscada.

Otro conflicto que surge en torno al derecho a la vida, es la legitimidad de la pena de muerte. Su licitud está fuera de toda discusión desde el momento en que es aceptada por el ordenamiento jurídico, y se cumple como resultado de un juicio, y en cumplimiento de su correspondiente sentencia. Sólo puede ser aplicada por la autoridad pública y con el fin de evitar males mayores desde el punto de vista social, o como un castigo ejemplarizante; tiene como fin y objetivo la defensa de la sociedad frente a cuantos puedan poner en peligro su existencia. Se aduce que es este un medio fácil de eliminar al reo, en vez de intentar abrir para él caminos esperanzadores de redención, reivindicación y corrección.

---

<sup>72</sup> Herrera Jaramillo, Francisco José. Ob.cit. p. 111.

“Quitar la vida al prójimo, por muy criminal que pueda ser éste, es índice de convivencia a la brava, de incivilización cruda y de incapacidad para asociarse cuerdamente dentro de un docto y mutuo entendimiento. antes que un factor expiatorio, ni remedio preventivo, ni cura de eficacia, ni ecuación de ejemplaridad retributiva. Una vez que la sociedad no sabe aún defenderse de los agresores, opta en su desconocimiento por el atajo más cómodo, que es exterminarlos de raíz, sin haber aprendido otros medios de tutela y otras tácticas de amparo. Por ello, contemplada al desnudo, la pena de muerte es un homicidio auténtico, salvaguardado por la tutela legal y por la conciencia poco cívica de los ciudadanos, de los poderes públicos y de las instituciones sociales... Vista sin disfraces ejemplarizantes de justicia lustral pura, la pena de muerte delata la impotencia de los mandos supremos para arrancar de raíz los delitos... Mientras esto no ocurra [corregir a los infractores de la paz sin matarlos] estará aún el hombre más próximo al rugido feroz de la caverna tribal que al diálogo amistoso de las sociedades civilizadas.”<sup>73</sup>

Pero vuelven a mezclarse sentimientos éticos, con los puramente jurídicos. No se equivocan quienes afirman que se debe a toda costa respetar el derecho a la vida de todo ser humano. Sin embargo, se presenta la disyuntiva ante un crimen abominable, en que se duda incluso de la condición de ser humano del criminal, causante de muchos más sufrimientos a su víctima o a sus familiares, y a la sociedad en general, cuando comete crímenes realmente monstruosos, injustificados desde todo punto de vista, sobre los que reincide, y en los que concurren circunstancias agravantes; nunca se justificaría la pena de muerte para delitos de segunda categoría, relacionados por ejemplo, con la salud pública, o la economía.

En el caso de la justicia por propia mano, ni aunque se trate del más horrendo de los crímenes debe permitirse por parte de un particular, dar muerte a otro, pues esto podría conducir a la anarquía, significaría un retroceso en todo el proceso alcanzado hasta ahora

---

<sup>73</sup> Estal, Gabriel de. *Derecho a la vida e institución familiar*. Editorial EAPSA. Madrid. España. 1979. pp. 91-93.

por la civilización, y finalmente, lo que es peor, se convertiría en una injusticia. Esto lo piensa una jurista ferviente convencida de la eficacia y la necesidad de los órganos de administración de justicia y de todas las instituciones que colaboran con ella; pero en el caso de un ciudadano corriente, o ya uno mismo enfrentado y afectado directamente por una situación de este tipo, vuelven a presentarse los conflictos morales.

Entre las propiedades del derecho a la vida, destacan muchas de las que generalmente se aplican a los derechos de la personalidad, como su universalidad, por ser un derecho específicamente igual en todos los hombres en el tiempo y en el espacio; su irrenunciabilidad e inalienabilidad; su preexistencia a la legislación y a todo tipo de ordenación jurídica, por su naturaleza innata que corresponde al hombre por ser persona; es reconocido por la legislación, no creado por ella; es imprescriptible, incondicional, y formalmente inmutable.

Este derecho a la vida encuentra su mejor explicación en los problemas que su reconocimiento genera en la actualidad, y que es motivo de grandes y apasionados debates.

## **2.- El derecho a la vida en los acuerdos internacionales y la legislación comparada.**

La Declaración Universal de los Derechos Humanos convenida por las Naciones Unidas en París el 10 de diciembre de 1948, establece en su artículo 3º que todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

El artículo 2º de la Convención Europea para la Protección de los Derechos del Hombre y de Libertades Fundamentales firmada en Roma el 4 de noviembre de 1950 acuerda que:

"El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley. Nadie será privado de su vida arbitrariamente, excepto en cumplimiento de sentencia"

pronunciada por un tribunal competente, cuando el delito esté castigado con esta pena capital por la ley.<sup>74</sup>

El artículo 6° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966, firmado en Nueva York por las Naciones Unidas, determina que el derecho a la vida es inherente a la persona humana, prohibiendo toda privación arbitraria de la misma. Todos los Estados que lo suscriban deben abolir la pena de muerte. Y en similar sentido se pronuncia la Convención Americana sobre protección de los derechos del hombre, o Pacto de San José de Costa Rica, concertado por la Organización de Estados Americanos el 22 de noviembre de 1969.

La Declaración sobre el progreso y el desarrollo social proclamada por la ONU el 11 de diciembre de 1969 establece que todos los pueblos y seres humanos, sin distinción de raza, color, sexo, idioma, religión, nacionalidad, origen étnico, situación familiar o social, convicciones políticas o de otra índole, tienen derecho a vivir con dignidad.

En las Constituciones también se prevé este esencial derecho de la personalidad: en la Constitución alemana, se ampara en su artículo 2.2, en la de Portugal en su artículo 24, en la Constitución española, en su artículo 15, en la Ley Constitucional de Finlandia en el artículo 6, en la Constitución de Grecia en su artículo 5, el artículo 40 de la Constitución de Irlanda protege en lo posible, la vida, incluso de los niños nonatos; en la Constitución de Luxemburgo, al abolirse la pena de muerte se protege íntegramente la vida.<sup>75</sup>

---

<sup>74</sup> *Los derechos humanos: declaraciones y convenios internacionales*. Ob.cit. p. 154.

<sup>75</sup> Álvarez Veliz, María Isabel. Ob.cit.

## B.- Derecho a la libertad.

### 1.- Concepto.

El concepto de libertad está indisolublemente ligado al de persona. "La idea de libertad se encuentra íntimamente unido al concepto de persona. Es un bien esencial de la personalidad. Se manifiesta en la capacidad jurídica y en la de obrar; en acto siempre aquella, y latente la última hasta en el recién nacido".<sup>76</sup> Cualquier corriente política de cualquier época ha tocado de alguna manera el tema de la libertad de la persona humana. Debe entenderse como el derecho a actuar libre y responsablemente, sin otros límites que los impuestos por la ley. Por ello es difícil dar una definición general de este derecho de la personalidad.

Una definición enciclopédica diría que la libertad es la facultad natural que tiene el hombre de obrar, de una manera o de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos.<sup>77</sup> Es la ausencia de impedimentos para realizar una acción. La libertad de acción en sentido general viene matizada porque el fin propuesto en todo caso es el desarrollo de la personalidad; "...no es un "cheque en blanco" para suscribir y dar por buenas cualesquiera acciones que el individuo realice, sino más bien un "cheque" condicionado a que se invierta bien el capital ofrecido."<sup>78</sup>

Todo ser humano tiene como fin esencial la obtención de su bienestar y de su propia felicidad, que puede simplíficadamente entenderse como la satisfacción subjetiva permanente independientemente del estado real y material en que se encuentre el sujeto. Para ello se forma sus propios objetivos y los medios para alcanzarlos, nadie más que él conocerá la forma idónea y el alcance para el logro de los fines vitales a los que aspira. En la libre

<sup>76</sup> Castro y Bravo, Federico de. *Temas de Derecho civil*. Ob.cit. p.15.

<sup>77</sup> *Diccionario Enciclopédico Quillet*. Tomo V. Editorial Argentina Aristides Quillet, S.A. Buenos Aires. República Argentina. 1968. p. 413.

<sup>78</sup> Robles Morchón, Gregorio (et al.). *El libre desarrollo de la personalidad. Artículo 10 de la Constitución*. Fundación para el Análisis y los Estudios Sociales. Universidad de Alcalá de Henares. Servicio de Publicaciones. España. 1995. p. 50.

elección de estos objetivos y de los medios para alcanzarlos, radica la libertad. “Ésta es, en términos genéricos, la cualidad inseparable de la persona humana consistente en la potestad que tiene de concebir los fines y de escogitar los medios respectivos que más le acomoden para el logro de su felicidad particular.”<sup>79</sup>

El derecho a la libertad, radicalmente ligado al derecho a la vida, supone nada menos que la posibilidad natural de todo ser humano de realizarse libremente como tal, a decidirse por un proyecto de vida dentro del bien común, de realizarse plenamente como hombre, de poder hacer todo aquello que está jurídicamente permitido que no atente contra intereses ajenos, ni contra el interés social.

El derecho a la libertad es un derecho primario y general, garantiza a la persona en su potestad genérica de hacer o no hacer cualquier cosa, pero siempre condicionado al ordenamiento jurídico, y a la moral y costumbres imperantes en cada época y lugar. Implica la posibilidad de elección y decisión de la persona sobre su propio proyecto vital y desarrollar su personalidad moral. No es un derecho absoluto exento de restricciones y limitaciones que atañen al derecho de otros y al interés social o estatal.

La libertad se manifiesta en múltiples formas, y es corriente que se haga mención a ella en plural, como libertades reconocidas en sus específicas manifestaciones en los textos constitucionales. Incluso, entre los diversos derechos subjetivos que conforman los derechos de la personalidad, ya algunos constituyen posiciones de libertad, como elemento formal de todos los derechos, como la libertad de disponer del propio cuerpo, o de usar el nombre.

En las posiciones y etapas más adversas de la Historia, el hombre ha sido capaz de rebelarse y rechazar toda negación de su libertad. Supone la posibilidad de autoexpresión de la persona desde todo punto de vista, ideológico, moral, artístico, científico, político y

---

<sup>79</sup> Burgoa, Ignacio. *Las garantías individuales*. Vigésima edición. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. 1986. p. 304.

profesional; y las limitaciones que se le puedan establecer no la contradicen siempre que respeten la dignidad humana y el despliegue efectivo de las dimensiones de la persona.

Casi todas las Constituciones modernas amparan las distintas manifestaciones del derecho a la libertad. En todas las declaraciones de derechos humanos se recalcan las libertades políticas y públicas; la libertad ideológica, religiosa, de culto, de asociación, de reunión, de pensamiento y de expresión o manifestación del pensamiento, pero siempre condicionadas —y esto es lícito, pues se trata de salvaguardar el régimen imperante— a su ejercicio dentro del marco del bien común, y de la sociedad, y el orden establecido. En el ámbito administrativo se reconoce la libertad física, profesional y de trabajo, de prensa, de tránsito, de reunión, y otras; y en el plano civil, la libertad contractual, de elegir el domicilio, de testar, la libertad matrimonial.

Pero es en el campo del Derecho civil donde realmente la libertad individual tiene su realización práctica y diaria. Por ello no son aceptables pactos que limiten la libertad personal, por ser el don más preciado del ser humano, después de su vida.

Todas estas libertades pueden encontrar limitantes en el respeto al honor, la moral, la intimidad, o la imagen, que como contrapartida de este derecho subjetivo tienen todos los miembros de la sociedad. Y puede dificultarse su disfrute cuando las estructuras socio-políticas y económicas así lo provoquen. Es por ello que adquieren suprema importancia los mecanismos de control de la constitucionalidad, y la labor de los órganos jurisdiccionales en un Estado que se precie de respetar la esencia de la naturaleza humana, que es su libertad.

## **2.- Diversas manifestaciones de la libertad.**

Es difícil todo intento de definición con carácter general y absoluto de este derecho de la personalidad, pues tendrían que incidir las numerosas perspectivas desde las que puede contemplarse: moral, filosófica, política, y religiosa. Por ello su mejor explicación se encuentra en sus diversas formas de manifestarse.

## 2.1.- Libertad personal.

La libertad personal tiene una proyección jurídico-pública y significa el reconocimiento de espacios inmunes a la intromisión de las autoridades estatales o administrativas que sólo pueden verse afectados en estados de excepción.

La relevancia que comporta la libertad personal, hace indispensable, dada la vasta materia que ocupa, una delimitación que haga posible su análisis, por ello nos limitaremos a dar su concepto, sin detenernos en los supuestos de legalidad e ilegalidad de las privaciones de ella, ni las condiciones necesarias para que una detención sea lícita, ni otras formas de privación de la libertad, o de restricción de la misma.

Y sorprende entonces la escasa atención doctrinal que al acotamiento y definición de lo que es la libertad personal, se ha prestado. Todas las Constituciones de los Estados modernos reconocen esta libertad, pero ningún tratadista se detiene en su definición, seguramente dando por supuesta la existencia de un concepto único, preconstituido o precomprendido, o generalmente compartido y ocioso de establecer.

Y vuelve a ser la jurisprudencia la que más aporte a la conceptualización de este término. Revisadas varias sentencias sobre esta materia, sobre todo en Tribunales europeos, la libertad personal ha sido definida como la posibilidad de organizar en cualquier momento y lugar la vida individual y social, o la autodeterminación por la propia voluntad de la persona, de una conducta lícita.

Hace ya 35 años, un ilustre jurista italiano percibió y alertó de la necesidad de que "...aquello que se ha llamado el proceso de especificación o de concreción de las libertades propio del constitucionalismo moderno salga del limbo de las enumeraciones contenidas en las Declaraciones de Derechos para ser objeto de precisas elaboraciones doctrinales y

jurisprudenciales. Esta exigencia es particularmente aguda en lo que atañe a la libertad personal.<sup>80</sup>

Para algunos, el derecho de libertad incluye la libertad moral, es decir, como una extensión de la libertad personal física, existe la libertad espiritual. Esta amplia comprensión del concepto de libertad imposibilita la delimitación de su contenido. Por el contrario, lo más frecuente en la doctrina es el intento de definición siguiendo la trayectoria contraria, restringiéndola al elemento personal, eludiendo las ricas y múltiples manifestaciones de la libertad. Así Morange y Morati la definen como la protección contra toda forma de detención arbitraria,<sup>81</sup> concepto que limita los atentados a este derecho de la personalidad, a las detenciones, privaciones o restricciones de la libertad, sin incluir los otros casos de privación que no requieren arresto, como el internamiento en establecimientos sanitarios o psiquiátricos, o para la vigilancia y educación de menores.

María Teresa Freixes considera que la libertad personal "...postula la no injerencia de los poderes públicos en la esfera de autonomía personal",<sup>82</sup> pero incluye un concepto muy amplio —el de autonomía personal— que entra dentro de la propia definición.

Una definición correcta debe empezar por excluir las actividades humanas de carácter no físico, no materializables en el cuerpo humano, no corporizables. La libertad personal cubre exclusivamente los comportamientos corporales, materiales, que supone la presencia física del titular del derecho y que se expresan normalmente en el movimiento físico. Las agresiones físicas a la persona cuentan con una regulación y protección particular en el derecho a la integridad física.

Es, por tanto, el reconocimiento de un poder y un ámbito de autonomía o autodeterminación que corresponde a las personas, y que implica la capacidad de adoptar y

<sup>80</sup> Vassalli, Giuliano. *La libertad personal en el sistema de las libertades constitucionales*. Escritos Jurídicos en memoria de Pietro Calamandrei. Editorial CEDAM. Padua. Italia. 1958. p. 377.

<sup>81</sup> Morange, Jean. *Derechos del hombre y libertades públicas*. Universidad de París. Francia. 1985. p. 115.

<sup>82</sup> Freixes Sanjuán, María Teresa. *Reflexiones sobre la interpretación constitucional del derecho a la libertad personal*. Revista Vasca de Administración Pública. Número 35 de 1993. España. p. 82.

ejecutar sus propias decisiones, de no ser conminada a hacer lo que no desea, y que encuentra sus límites únicamente en la Constitución. Pues, como diría el poeta: "Para la libertad, sangre, lucha, pervivo".

## **2.2.- Libertad de pensamiento, religión o culto.**

En el orden subjetivo la libertad religiosa es la facultad de toda persona de profesar la creencia que surja en virtud de la propia convicción interna, y en el orden objetivo es la facultad de exteriorizar la fe a través del ejercicio del culto y la difusión de su doctrina .

La libertad religiosa, como las demás libertades ganadas por la filosofía liberal e incorporadas a las declaraciones de derechos y las Constituciones de los siglos XVII y XVIII, muestra algunas notas peculiares que la caracterizan: desde el punto de vista de su titularidad es una libertad a un tiempo individual y colectiva; desde el punto de vista de su asunción por el sujeto, es una libertad que manifiesta dimensiones positivas, negativas o críticas; por su naturaleza, es necesario diferenciarla de la libertad de pensamiento y de creencias, la primera es la libertad de concepción y conocimiento de la realidad, la segunda, la libertad de convicción que atañe a los juicios valorativos y que entraña una libre apreciación de la persona sobre los comportamiento sociales. La libertad religiosa gira en torno a la fe.

La libertad de pensamiento es la expresión general que ampara tanto la libertad de información como la de expresión; para formar nuestras ideas es necesario el conocimiento de la realidad que sólo se logra con la debida información sobre la misma, y de nada valen las opiniones e ideas que nos formemos si se quedan en nuestro interior, si no se exteriorizan de alguna u otra forma.

### **2.3.- Libertad de expresión, de creación literaria, artística, y científica.**

La libertad de expresión será ampliamente explicada en el capítulo dedicado a las implicaciones derivadas del reconocimiento de los derechos de la personalidad, cuando se traten las limitaciones que a ella y al derecho a la información deben preverse para que no colisiones con otros esenciales derechos de la personalidad. Las restantes libertades de creación incluyen el derecho de creación intelectual y el derecho de propiedad intelectual, y significan una concreción del derecho a la libertad de expresión.

### **2.4.- Libertad o derecho a la información.**

Entendida como el derecho a recibir y a difundir informaciones siempre que se cumplan las condiciones a que se aluden en el capítulo que trata sobre el tema.

### **2.5.- Libertad de enseñanza y libertad de cátedra.**

La primera consiste en la facultad de impartir la educación en la forma y en las condiciones que se estimen convenientes. La libertad de cátedra por su parte, es la plasmación concreta en la actividad educativa de la libertad de expresión, y un principio derivado de la libertad de enseñanza.

“No es un mero derecho individual de los docentes que quepa identificar sin más con la libertad de expresión docente. Se trata sobre todo de una garantía institucional que define la estructura del proceso educativo y del que se deriva la posición jurídica de los profesores”.<sup>83</sup>

La libertad de cátedra nos evoca la más alta y noble misión del profesor, que es la búsqueda y transmisión de un conocimiento científico, la profesión de una enseñanza que no

---

<sup>83</sup>Lozano, Blanca. *Libertad de cátedra*. Prólogo de Lorenzo Martín Retortillo. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A. Madrid. España. 1995. p. 23.

se limita a la transmisión de conocimientos ya adquiridos, sino que abarca también la ampliación y profundización de los mismos, la elaboración y experimentación de nuevos datos y nuevas doctrinas y teorías y su exposición en las aulas universitarias, aunque ello suponga romper con los cánones establecidos y pueda poner en jaque el orden científico preexistente. La enseñanza, como toda labor científica, requiere que el investigador pueda con toda libertad, establecer sus hipótesis, defender sus tesis y exponerlas como tales. Como derecho tributario de la excelencia de la enseñanza universitaria, debe basarse en el respeto a toda tendencia religiosa, ética o ideológica, pero debe contar indefectiblemente con una determinada orientación para formar a los alumnos en los valores básicos, morales, cívicos o éticos imperantes.

## **2.6.- Libertad sexual.**

La sexualidad es una de las expresiones de la persona humana. Se entiende en un primer contexto desligado de su función procreativa, va mucho más allá. Es la condición previa para la armonía interior y exterior de la vida que corresponde a la naturaleza humana.

“La libertad sexual, como ha señalado repetidamente la doctrina, tiene dos vertientes, una positiva, y otra negativa, que no han de considerarse opuestas sino complementarias. A tenor de la primera, se atiende a la libre disposición por la persona de sus propias potencialidades sexuales, tanto en el comportamiento particular como frente a los demás; a tenor de la segunda, el acento recae en el aspecto defensivo, esto es, en el derecho de la persona a no verse involucrada por otra persona, sin su consentimiento en un contexto sexual.”<sup>84</sup> Implica el derecho del hombre a no ser reprimido en el ejercicio de su sexualidad.

---

<sup>84</sup>Díez Ripollés, José Luis. *La protección de la libertad sexual. Insuficiencias actuales y propuestas de reforma*. Bosch, Casa Editorial. S.A. Barcelona. España. 1985. p. 23.

Esta figura adquiere especial actualidad en otras diversas manifestaciones; algunas de ellas son el derecho a la evitación de la procreación, o el logro de ésta por métodos no naturales, y en la práctica de actividades sexuales anteriores al matrimonio.

Nada de criticable hay en el control y la planificación de la familia; contrario a lo que opinan las autoridades eclesiásticas, decidir en qué momento se está física, emocional y económicamente preparados para traer hijos al mundo, es una posición más madura y responsable que la falta de control de la natalidad. Y por qué privar del amor físico a una pareja, como una manifestación más, importante por demás, de los sentimientos que los une, y todo por no poder contar con las facilidades que al alcance de todos ha puesto la medicina a nuestra disposición para evitar el riesgo del embarazo en la mujer, todavía más cuando es decidido de común acuerdo. De hecho, actualmente en todo el mundo se orquestan inmensas campañas de educación sexual, con vista a la planificación familiar, y así se pondría coto, aunque parcialmente, al candente asunto del aborto, que tantas secuelas éticas, psíquicas y físicas puede provocar.

En el caso de la relación sexual prematrimonial, sus ventajas o desventajas dependerán por completo de cada persona, de su solidez emocional y física, de la calidad y fortaleza de la relación sentimental que se establezca; pero lo cierto es que nada se resuelve con su condena. Excelentes resultados se logran con la educación que se brinde desde las más tempranas edades a los hijos, a la confianza que en sí mismos seamos capaces de inculcarles, y la autoestima que como ser humano se tenga. Es decir, no se trata de la irresponsabilidad, ligereza o falta de criterios para entablar una relación tan íntima como esta, sino que si se dan la totalidad de los elementos de madurez suficientes en todo sentido, existen amor y respeto mutuos, puede derivarse de forma natural un desenlace amoroso sexual nada criticable.

Los nuevos avances de las ciencias médicas dan soluciones actualmente a otros problemas vinculados con la libertad sexual, como el transexualismo al que dedicaremos un apartado especial, que no encuentran su contrapartida en el amparo jurídico que reclaman.

### 3.- Legislación comparada.

La libertad en sus diversas manifestaciones está protegida y garantizada en la totalidad de las Constituciones modernas. Por sólo mencionar algunos ejemplos, los artículos 13, 19 y 21 de la Constitución de Italia, amparan la libertad personal, religiosa y de expresión respectivamente; los artículos 2.2, 4 y 5 de la Constitución alemana protegen la libertad en general, la de creencia y de expresión e información respectivamente; el Título II de la Constitución de Portugal, en su artículo 27 garantiza la libertad, y en los artículos 37 y 41, las libertades de expresión e información y de conciencia; y en la Constitución española, en su artículo 17. La Constitución cubana de 1976 en su artículo 52 regula la libertad de palabra y prensa, en el 57 la libertad e inviolabilidad de la persona, en el 54 la libertad de conciencia, pero expresamente establece que ninguna de las libertades reconocidas puede ser ejercida contra lo establecido en la Constitución y las leyes, ni contra la existencia y fines del Estado Socialista.

La Constitución de Bélgica en sus artículos 12, 19, , 24 y 25, ampara la libertad individual, de cultos y manifestación del pensamiento, la libertad de enseñanza y la libertad de prensa respectivamente; la Constitución de Dinamarca ampara la libertad individual en su artículo 71; la Constitución de Finlandia en sus artículos 6, 8 y 10 garantiza la libertad personal, de culto y de expresión y manifestación de las ideas; la Constitución griega en sus artículos 5 y 13 protege absolutamente la libertad en general y de conciencia, en el artículo 14 se declara la libertad de la prensa escrita, no aplicable a la cinematografía, la fonografía, la radiofonía, la televisión o cualquier otro medio similar de transmisión de la palabra o la imagen.<sup>85</sup>

---

<sup>85</sup> *Constituciones españolas y extranjeras. Ob.cit.*

## **C.- Derecho a la integridad física.**

### **1.- Contenido.**

Frente a la noción de derecho a la vida en que se plantea únicamente la idea de existencia, la integridad física parte de esa idea para concretarse en el mantenimiento y presencia de los atributos o características físicas. El fundamento de su protección se encuentra no tanto en el poder absoluto de la persona sobre su propio cuerpo, o en el deber de respeto o no injerencia por parte de los demás, sino en la dignidad de la persona y en la condición humana, en los derechos inviolables que le son inherentes y el del libre desarrollo de la personalidad.

La variedad de componentes del cuerpo humano, el grado de necesidad que de ellos tiene el hombre, su trascendencia, su posible sustitución sin daño, son algunos aspectos que es preciso tener en cuenta para calificar y ponderar estos derechos y los posibles atentados a los mismos.

La integridad física consiste en la presencia integral de los atributos físicos, en ausencia de disminuciones físicas. Como ocurre con la mayoría de los derechos de la personalidad, sólo encuentra un respaldo en la legislación constitucional y penal, al sancionarse los delitos de castración, mutilación y lesiones, y esto es un grave error. El derecho penal debe ser un apoyo para los derechos civiles, amén de su carácter excepcional y de última fila; no podrá nunca entenderse el bien que se pretende proteger con la sanción penal, si no se conoce, por ejemplo, qué es un bien mueble, cuál la naturaleza de la propiedad, y otros rudimentos que sólo aporta la disciplina civil. Por ello es cada vez más admitido este derecho en las legislaciones civiles.

No debe confundirse este derecho con el que se tiene sobre el cuerpo, que se explica en el siguiente apartado, y que tiene carácter autónomo con respecto al otro. La protección del cuerpo humano contra atentados procedentes de terceras personas es el objeto de la

tutela del derecho a la integridad física; y la protección del cuerpo humano frente al poder de disposición del propio individuo es el contenido del derecho a la disposición del cuerpo.

Ninguno de los derechos de la personalidad, y el derecho a la integridad física no es la excepción, tienen un carácter absoluto; en ocasiones se les imponen ciertas limitaciones que deben responder en todo momento a valores positivos y humanitarios, nunca a valores que deriven en el detrimento a la dignidad humana como fueron las prácticas de la etapa del nacionalsocialismo alemán, amparados en el logro de la pureza de la raza.<sup>86</sup>

No obstante en el orden civil se admite el sacrificio de la integridad física o su riesgo, cuando el fin que se persigue es el de obtener un beneficio superior para la propia persona o para un tercero.

Las limitaciones a que me refiero están relacionadas con la prevención de enfermedades ya superadas, pero mortales en su momento, gracias a las masivas campañas de vacunación. Nadie puede argüir un atentado a su integridad física, cuando se trata de introducir en su cuerpo, por medio de una inyección —que implica una mínima lesión en la piel y que resulta inocuo e irrelevante para la salud de una persona, en comparación con los problemas que previene— sustancias para crearle los anticuerpos que combatirán enfermedades.

La otra de las limitaciones a este derecho son las intervenciones quirúrgicas indispensables para salvar la vida de una persona, y que implican la amputación de algún miembro.<sup>87</sup> Ya en materia de cirugía estética ajena a la reconstructiva, que si implica mejoramiento de la condición física del sujeto, o para su equilibrio psíquico cuando resulta una deformación estética como resultado de un accidente, por ejemplo, es una decisión muy personal del individuo, y siempre será necesario contar con su aprobación previa.

---

<sup>86</sup> Díez Picazo Ponce de León, Luis y Antonio Gullón. *Instituciones de ...* Ob.cit. p. 238.

<sup>87</sup> *Ibid.* p. 239.

Las diversas Constituciones recogen expresamente este derecho dentro de los que estima fundamentales: Alemania, en su artículo 2.2 lo prevé conjuntamente con la vida y la libertad, la de Portugal en su artículo 26 y la de España en su artículo 15. En Francia existe la Ley 94-653 de 29 de julio de 1994, relativa al respeto al cuerpo humano que atañe también al derecho de la personalidad que a continuación se analiza, y que ha introducido en el Código civil una completa regulación de la integridad del cuerpo humano y de los principios en que han de basarse la disposición del mismo y de sus elementos y productos, que, en ningún caso, pueden constituir el objeto de un derecho patrimonial.<sup>88</sup>

#### **D.- Derechos sobre el cuerpo.**

Este derecho de la personalidad encuentra su manifestación tanto en el derecho de disposición sobre el propio cuerpo vivo o muerto, como en la disposición del cuerpo vivo o muerto ajeno. La atención estará centrada en el primero de los supuestos.

##### **1.- Derechos sobre su propio cuerpo vivo.**

La disposición del propio cuerpo tiene en estos días una proyección plural y vastísima, pero no es novedosa. Desde la obra de Shakespeare, *El mercader de Venecia*,<sup>89</sup> a la actualidad ha tomado un rumbo que ha hecho necesaria la intervención de la norma jurídica, por la relevancia y trascendencia jurídica y social que adquiere.

Esta nueva connotación va desde la cesión o venta de la sangre para transfusiones, hasta los trasplantes de órganos y la experimentación científica con el cuerpo de seres humanos.<sup>90</sup> A este derecho debe reconocérsele un auténtico e independiente carácter. Tiene

<sup>88</sup> Romero Casabona, Carlos María. *Los trasplantes de órganos*. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, España, 1979, pp. 63 y ss.

<sup>89</sup> En la escena III, primer acto, de la obra de William Shakespeare, creo recordar que Antonio asegura la devolución de 3.000 ducados que Shylock ha prestado a su amigo Bassanio, con la posibilidad de que a falta de pago al usurero, pueda cobrarse con una libra de carne del cuerpo del fiador. Sin comentarios.

<sup>90</sup> Entre ese amplio marco mencionado se pueden incluir temas como la autoagresión, la automutilación, la esterilización, el autoflagelamiento, alegándose que son nulas todas las convenciones encaminadas a hacer sufrir al cuerpo, nadie puede autolesionarse en ninguna de las formas mencionadas, pues nadie tiene derecho

un contenido positivo que deriva del poder o facultad que le permite al hombre disponer de su cuerpo con las limitaciones que la ley, la moral o las buenas costumbres le impongan.

La persona tiene la facultad de libre determinación en una gran cantidad de actos que le afectan de una manera u otra, y que se encontrarían limitados de no ofrecer el Derecho los instrumentos necesarios para impedirlo, y para garantizar a la personalidad su libre desenvolvimiento. A manera de semejanza con los derechos reales, tenemos una facultad dispositiva sobre nuestro cuerpo. Pero igual que ocurre con los bienes reales sobre los que tenemos libre albedrío, no por ello debemos usarlos sino de acuerdo con su naturaleza y finalidad, destruyéndolos sin un interés superior; la propia persona debe realizar con su cuerpo los actos propios de su naturaleza; podrá mutilarse el cuerpo, o autoagredirse, pero no estaremos en presencia de un derecho, sino de un abuso del mismo. No es propio de las facultades que comprende el dominio sobre algo su destrucción sin que medie una causa que lo justifique.

El hecho de que se acepte entonces el derecho del hombre sobre su propio cuerpo, no concede la facultad de abuso del mismo, sino que se encamina sobre todo a la justificación de la indemnización por los daños morales derivados de las lesiones que sufra y la reparación pecuniaria de los perjuicios, de difícil determinación si no se trata de algo que se encuentra bajo el dominio del afectado.

El estudio de este derecho de la personalidad lleva de la mano a otras múltiples derivaciones sobre las que brevemente es menester referirse.

a.- El *suicidio* plantea más que cuestiones jurídicas, interrogantes de tipo ético, y atañe tanto al derecho a la vida, como al derecho sobre el propio cuerpo. Ha sido esta una práctica muy usada a través de todos los tiempos, y por muy diversas razones: como desencadenamiento de una depresión psíquica, por amores frustrados, para salvar el honor,

---

a maltratar su cuerpo. Otros autores sí estiman lícitas estas conductas siempre que no implique daños a otras personas.

por no soportar la derrota o la humillación, por seguir a un ser amado que ya no está, por espíritu religioso, como protesta ante un hecho que se considera injusto. Pero en todo caso es un ejemplo funesto para el resto de los hombres, sea cualquiera la causa que lo acompaña, y lejos de constituir un acto de valor, entraña más bien un acto de cobardía.

Pero no es tarea del Estado el impedir los suicidios, y una ley penal que castigue al suicida, se desprestigiaría al quedar su eficacia reducida sólo al papel. La solución no está en la represión de estas conductas, sino en la creación y educación de todos en la convicción de que es un acto reprochable que realiza una persona perturbada, o un cobarde.

**b.-** La *mutilación* es igualmente inmoral cuando no es practicada para salvar o prolongar la propia vida, mejorar el cuerpo, o en beneficio de otra persona. Cuando este acto no afecta a terceros queda también en el campo exclusivo de la moral. En estos supuestos se incluyen las intervenciones quirúrgicas y cirugías estéticas, en que el paciente presta su consentimiento, excusando de toda responsabilidad al médico, salvo el caso de que por su negligencia, se produzcan los efectos no deseados.

Adquieren especial interés aquellas decisiones del sujeto que entrañan una alteración de su estructura corpórea, como son las intervenciones quirúrgicas dirigidas a la mejoría de la salud del sujeto o las extrañas a su interés, pero autorizadas por éste en favor de terceros o de la ciencia. En el primero de los casos no hay dudas de que con el consentimiento expreso del enfermo, las lesiones ocasionadas a una persona con el fin de lograr su recuperación o mejoramiento, son enteramente lícitas; lo mismo que cuando se trata de cirugías no terapéuticas, con finalidades estéticas, o de reparación de algún órgano no vital.

**c.-** El hecho de enajenar piezas anatómicas propias desemboca en los modernos *trasplantes de órganos* con fines altruistas, que nunca deben recibir reprobación siempre que se realicen en la forma y condiciones que estipula la ley.

La disposición corporal obviamente no comprende la cesión total del cuerpo de la persona viva, sino la facultad del hombre de desarrollarse en el aspecto somático en un sentido constructivo y formativo de su personalidad.

La alteración de la estructura corpórea realizada en beneficio de una tercera persona, nos lleva al tema de los trasplantes de órganos, que generalmente son tomados con preferencia de cadáveres, pero a falta de dadores o de la debida histocompatibilidad, es necesario recurrir a órganos de personas vivas; en muchos casos se trata de un familiar consanguíneo, por la posibilidad de coincidencia de los antígenos H.L.A., manifestándose así la necesidad de que esté prevista por el derecho la facultad del donante de disponer de esa parte de su cuerpo.

La alteración de la estructura corporal para la experimentación científica tiene muy particulares disposiciones a nivel internacional, que rigen los principios básicos de estas experimentaciones en seres humanos, que han tendido su eco en las diversas legislaciones locales.<sup>91</sup> Estos principios están dados por la relación entre el riesgo corrido y el beneficio esperado, sin que exista grave riesgo para la salud del sujeto pasivo de la experiencia; no se debe afectar la integridad psicosomática de la persona sometida a la investigación y es indispensable la debida información para lograr su consentimiento.

d.- El derecho sobre la *sangre* debe estar reconocido cuando su uso puede salvar a otra persona de una muerte inminente. Pero no es siempre la solidaridad lo que impulsa a un individuo a desprenderse de este fluido vital, sino motivaciones de índole económica, y que por muy deleznable que parezcan, no queda otro camino que admitirlo, dado los

---

<sup>91</sup> La Asociación Médica Mundial en el año 1964 elaboró la "Declaración de Helsinki", en que estableció los principios rectores de las prácticas médicas experimentales en seres humanos, que unido al Código de Nuremberg, establecido por sentencia de 19 de agosto de 1947 por el Tribunal Militar de Nuremberg al dictaminar sobre uno de los tantos casos de las brutales prácticas médicas realizadas por la Alemania nazi después de la Segunda Guerra Mundial, conforman las bases con que cuenta esta materia a nivel internacional. En las legislaciones nacionales cabe destacar el Código civil italiano de 1942, el Código civil etíope de 1960, el Código civil de Quebec reformado en este aspecto en 1971, y en América Latina el Código civil de Costa Rica de 1973, y el de Bolivia de 1976.

indiscutibles servicios que a la humanidad presta la sangre extraída de seres sanos, y siempre que no perjudique a la persona que la otorga.

## 2.- Derechos sobre su propio cadáver.

La muerte produce la extinción de la persona y de su personalidad. Pero históricamente se ha respetado el cuerpo de los muertos y su enterramiento, y se han preocupado los pueblos por la seguridad de sus tumbas.

Múltiples pasajes de la literatura dejan constancia de ello. En la Iliada, Homero narra la súplica de Héctor a su vencedor Aquiles, quien olvidando todas sus diferencias y rencores, accedió a la petición de aquél de que enviara su cuerpo a su pueblo, Troya, para recibir la adecuada sepultura. Igualmente los criminales eran privados de su sepultura, lo cual representaba peor castigo que la privación de la vida, y eran duramente perseguidos y castigados los profanadores de tumbas y saqueadores de sepulcros.

No admite discusión alguna la facultad de la persona de disponer de su cadáver, siempre que no sean dichas instrucciones, contrarias a la moral imperante, las buenas costumbres y las normas de orden público dictadas especialmente con fines higiénico-sanitarios. Cuando la persona decide el destino de sus restos mortales, ejercita un derecho de la personalidad, trátase de las condiciones de su inhumación, como de la utilización para después de su muerte de sus órganos con fines terapéuticos o de experimentación.

¿Entra por ello el cadáver en el comercio de los hombres? Ni el cuerpo del hombre vivo, ni sus miembros o partes que lo integran, pueden estimarse como cosa, pero con la muerte, el cadáver se convierte en cosa, aunque no pertenezca en propiedad, ni sea susceptible de apropiación, sujeto a un tráfico prohibido por cuestiones de moralidad.

La razón que lleva a considerar al cadáver como una cosa *extracomercium* descansa en la idea de que sería una profanación privarle de la sepultura y situarlo al mismo nivel de

las cosas materiales. ¿Pero por unos escrúpulos más o menos fundados, o respeto a una tradición, debe prescindirse de las enormes ventajas que proporciona la adquisición de ciertos órganos vitales para su trasplante de cadáveres a seres vivientes, sobre todo si se cuenta con la voluntad del difunto, previamente expresada en ese sentido?

La disposición del cadáver ajeno con fines científicos es un tema más delicado. Se ha transitado por todas las posiciones, desde las más radicales que hasta han pretendido declarar al cadáver como un bien de utilidad pública para su empleo con fines científicos, hasta los que consideran debe respetarse en todo momento la voluntad privada, o al menos debe contarse con el consentimiento de los familiares sobrevivientes.

En Cuba cada persona mayor de edad puede hacer las disposiciones sobre donación de sus órganos para después de su muerte que estime conveniente, y de dicha declaración se deja constancia en su documento de identificación.

En cuanto a la disposición sobre el cuerpo vivo de otra persona, ya quedan pocos vestigios que permitan el desarrollo que en otras épocas tuvo esta figura, con instituciones como la esclavitud o la autoridad marital de un cónyuge con respecto al cuerpo del otro. Sólo alcanza cierta significación en los casos de la patria potestad, y el deber-derecho de los padres de cuidar la salud y la integridad física de sus hijos, y de los incapacitados sometidos a tutela.

### **III.- Tratamiento de los derechos de la personalidad en el Derecho mexicano.**

Algunos de los derechos de la personalidad que coinciden con la categoría de derechos fundamentales, están recogidos de manera muy general en la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, sin embargo, como ocurre en la mayoría de los casos, carecen de un tratamiento sistemático en el Código civil, lugar al que realmente corresponden por derecho propio. Asimismo encuentran una adecuada protección en la

esfera penal en la tipificación y sanción de las conductas delictivas que atentan contra la vida, la integridad física, el honor, y las normales relaciones sexuales.

Como se trata de defender la inclusión de esta materia en la esfera civil por sobre toda otra disciplina, no nos ocuparemos de la regulación que en la esfera penal reciben las lesiones que a los derechos de la personalidad reconocidos por el ordenamiento jurídico positivo mexicano se puedan producir, sino sólo de su tratamiento exclusivamente civil.

Sólo los Códigos civiles de los Estados de Tlaxcala, Quintana Roo y Puebla merecen una especial consideración por el avanzado tratamiento que de los derechos de la personalidad contienen, a los que dedican una atención particular y más o menos pormenorizada, que supera con creces la que se ofrece a estos derechos en el vigente Código civil para el Distrito Federal. En el caso del Estado de Tlaxcala, a pesar de la primaria y elemental regulación que de los mismos logra, le corresponde el indiscutible mérito de ser el primero que se convenció de la necesidad de prevenir y describir tan importante institución para el derecho de las personas; ya en el Código civil del Estado de Quintana Roo se constata un avance significativo en el tratamiento que se brinda a los derechos de la personalidad, visión que es introducida casi íntegramente en el Código civil del Estado de Puebla.

El artículo 1916 del Código civil para el Distrito Federal hace una enumeración de los derechos que serán considerados como parte del patrimonio moral del sujeto de cuya lesión se deriva el daño moral y la obligación de resarcirlo. Todo intento de encerrar en un precepto legal la totalidad de las manifestaciones de la personalidad que serán protegidas contra cualquier violación, pudiera pecar de omisa y dejaría fuera importantes derechos dignos de esta tutela. "No se puede...establecer un catálogo definitivo y firme, invariable, de lo que se comprende en esta clasificación de los derechos de la personalidad...lo que ya aparentemente queda integrado, evoluciona, como evoluciona todo el Derecho...El catálogo de esos Derechos patrimoniales morales, variará según el criterio y costumbres que priven en

una colectividad humana y también según cada época...se verá cada día afectado por el avance de las ciencias físicas y naturales."<sup>92</sup>

Pudiera, no obstante, entenderse que esta enumeración no es limitativa, sino enunciativa y genérica, pudiendo admitir el resto de los derechos de la personalidad no contemplados en ella.

En el Capítulo I del Título Primero de la Carta Magna se desglosa el catálogo de derechos fundamentales y libertades públicas garantizadas a todos los ciudadanos mexicanos, algunos de ellos coincidentes con los derechos subjetivos de la personalidad. En algunas de las Constituciones de los Estados de la Federación se recoge curiosamente un artículo específico en que se enuncia el amparo que se dispensará por la ley a los derechos de la personalidad; la del Estado de Puebla, por ejemplo, textualmente dice así:

**"ARTÍCULO 14.-** La ley garantizará los derechos de la personalidad, comprendiendo, dentro de éstos, los derechos de convivencia, protectores de las relaciones interpersonales en la comunidad."<sup>93</sup>

Otro número de Constituciones estatales, como las de Yucatán, Durango y San Luis Potosí, remiten la garantía de estos derechos a lo dispuesto en la Constitución Política de la Nación; pero agregan un pronunciamiento en cuanto al derecho de toda persona a una existencia digna, reconociendo la base en la que se sustentan todos los derechos de la personalidad, que no es otra que la dignidad humana.

#### **A.- Derecho al honor.**

El honor de las personas no está protegido como derecho fundamental en la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos; sí recibe una amplia protección en los

<sup>92</sup> Gutiérrez y González, Ernesto. Ob.cit. pp. 761 y 775.

<sup>93</sup> *Constitución Política del Estado de Puebla*. Secretaría de Gobernación. México, D.F. Mayo de 1996. p. 14.

Códigos penales por medio de la sanción de conductas delictivas como la calumnia, la injuria o la difamación.

El Código civil de 1928 no recogía hasta 1982, fecha en que se introduce la modificación al artículo 1916, una especial protección del derecho al honor aunque de su análisis sistemático pudiera derivarse una cierta preocupación del legislador por no dejar totalmente desamparado este derecho de la personalidad. En las regulaciones de las causales del divorcio relacionadas con el decoro de alguno de los cónyuges, en cuanto a la imposibilidad de heredar por causa de indignidad, y en las regulaciones de los esponsales, se hacen algunas referencias a razones de honorabilidad y perjuicio a la reputación de alguno de los afectados; lo propio ocurrió con otras figuras ajenas al Código civil, pero que se preocupaban del respeto al prestigio o crédito de las personas en el ámbito civil, por ejemplo, la acción de jactancia prevista en la ley de procedimientos civiles en su artículo 32, ya derogada de este cuerpo legal, y la protección que se dispensó a los autores en la Ley Federal sobre el derecho de autor contra toda mutilación o deformación de sus obras que le causare perjuicios a su honor o reputación.

En 1982 se modificó el artículo 1916 del Código civil para el Distrito Federal referido a la reparación por el daño moral, reforma bautizada por los medios de comunicación, sobre todo la prensa, como *Ley Mordaza*, —razón por la cual, y cediendo a la presión de los medios de prensa, se agregó el vergonzante artículo 1916 bis.— quedando redactado el mencionado precepto en su primer párrafo textualmente de la manera que sigue:

“ART. 1916.- Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí mismos tienen los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o

menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas.”<sup>94</sup>

Al definir el daño moral, este artículo, y por supuesto, el legislador, da por hecho que existe una regulación previa y exhaustiva de los derechos de la personalidad, cuando en realidad nunca a quienes se les encarga la elaboración de las leyes, se han preocupado por reglamentar en ese sentido, por lo cual se carece enteramente del fundamento sustantivo indispensable para la perfecta comprensión de los límites, alcances e indiscutibles ventajas del reconocimiento de los derechos subjetivos inherentes a la personalidad del hombre. ¿Cómo pretender que se entienda en qué supuestos es exigible el daño moral si se desconoce el contenido y alcance de cada uno de los derechos de la personalidad que al legislador nacional le interesa proteger?

En este sentido ya la reforma introducida padece sus propias inconsistencias. Antes que nada, en la parte dedicada al derecho de las personas es necesario introducir un apartado dedicado exclusivamente al desarrollo del tema de los derechos de la personalidad, o en su defecto, dedicar una ley especial a los mismos que complementen esta omisión. Este reparo es válido para todos los derechos subjetivos que atañen a la personalidad, y no sólo al honor. Si así ocurriera, no se emplearían los términos de “decoro, honor y reputación” como si se tratara de cosas esencialmente diferentes, pues todo no es más que las diversas formas en las que se manifiesta y entiende el concepto genérico del honor.

Pero mientras no sea introducida tan esencial enmienda en el ordenamiento jurídico positivo mexicano, habrá que defender el respeto a los derechos de la personalidad con las armas con que se cuenta hasta el momento, y, al menos de manera indirecta, cabe presumir que tanto el honor, como el resto de los derechos enunciados en el texto legal, cuentan con un amparo y algún reconocimiento. Consideración aparte merece el agregado artículo 1916 bis, que será objeto de crítica en el capítulo cuarto de este trabajo, por las nefastas

<sup>94</sup> Código civil para el Distrito Federal. 62ª edición. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. 1993.

implicaciones que acarrea al menoscabo de los derechos de la personalidad cuando es usado por profesionales de la información poco escrupulosos.

Como se ha dicho, los pioneros en el tratamiento de los derechos de la personalidad, al menos con un reconocimiento expreso y una regulación más o menos detallada, han sido los Códigos civiles de los Estados de Tlaxcala, Quintana Roo y Puebla.

El artículo 1402 del Código civil de Tlaxcala textualmente dice así:

“El daño puede ser también moral cuando el hecho ilícito perjudique a los componentes del patrimonio moral de la víctima. Enunciativamente se consideran componentes del patrimonio moral, el afecto del titular del patrimonio moral por otras personas, su estimación por determinados bienes, el derecho al secreto de su vida privada, así como el honor, el decoro, el prestigio, la buena reputación y la cara e integridad física de la persona misma.”<sup>95</sup>

Ya se encuentra por primera vez un reconocimiento expreso del derecho al honor tanto en su aspecto objetivo —honra— como subjetivo —reputación—, ejemplo que siguieron posteriores Códigos aunque a veces de una manera muy escueta y limitada.

No es este el caso del Código civil del Estado de Quintana Roo, el cual cuenta hasta el momento con el mérito de haber elaborado la más completa regulación de los derechos subjetivos de la personalidad en el ordenamiento jurídico vigente en México; en su artículo 668-I establece que toda persona tiene derecho a que se respete su honor o reputación. El Código civil del Estado de Puebla de 1985, aunque no pudo integrar nuevos avances en la delimitación de los derechos de la personalidad, sí siguió en esencia el ejemplo de las regulaciones del de Quintana Roo.

<sup>95</sup> *Código civil del Estado Libre y Soberano de Tlaxcala*. Edición oficial. México, D.F. 1976.

## **B.- Derecho a la intimidad.**

Aunque no se empleen los términos por los que ordinariamente se clasifica este derecho de la personalidad —vida privada, o reserva de la propia persona, o intimidad personal y familiar— el derecho a la reserva o intimidad de la vida privada se encuentra amparado como un derecho fundamental en la Constitución Política mexicana, en su artículo 16, cuando refiere que “Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones...”<sup>96</sup> Como figura complementaria de la intimidad se protege el secreto de la correspondencia en el propio artículo 16, párrafo décimo, pudiéndose entender que semejante amparo se extiende a todas las comunicaciones, sea telegráfica o telefónica.

La denominación que se brinde a este apasionante derecho de la personalidad carece de importancia siempre que se entienda que su contenido se refiere a la protección de ese espacio íntimo, de esa esfera que para su propio disfrute reserva toda persona en sí misma y para su círculo familiar y de amistades, fuera del alcance de la curiosidad de terceros no deseada y de intromisiones indiscretas que perturben su paz interior. Llámese vida privada o intimidad, se trata de un esencial derecho que requiere del más completo amparo, sobre todo en los tiempos que corren, en que estamos expuestos a constantes y molestas invasiones en todas direcciones de nuestra individualidad y privacidad.

En el controvertido artículo 1916 del Código civil para el Distrito Federal se protege la vida privada en la misma forma que se hace para el honor, que aunque resulta insuficiente, al menos no se carece de un punto de partida para que la labor interpretativa y jurisprudencial de los tribunales suplan esta falta, fenómeno que no es exclusivo del Derecho mexicano, sino que se repite en muchos otros países.

En el Código civil del Estado de Tlaxcala se prevé como derecho de la personalidad, el secreto de la vida privada, y en el de Quintana Roo, ya se determina más explícitamente

---

<sup>96</sup> *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Secretaría de Gobernación. México, D.F. Mayo de 1995. p. 13.

que toda persona tiene derecho a que se respete el secreto epistolar, telefónico, profesional, testamentario y de su vida privada, sin que pueda revelarse ninguno de ellos sin su consentimiento (artículos 668 y 669), pronunciamiento que repite el Código civil del Estado de Puebla.

Es esencial y urgente el convencimiento al que deben arribar los legisladores acerca de la necesidad de regular debidamente en el ámbito civil este importante derecho a la intimidad personal y familiar, para evitar las interferencias indiscriminadas en la tranquilidad y en el mundo interior de toda persona por parte de particulares o funcionarios públicos, y tomar las medidas de la severidad suficiente que impidan la invasión de la zona que para sí y su familia reserva todo individuo contra toda intromisión ajena no deseada.

### **C.- Derecho a la imagen.**

Este derecho de la personalidad no encuentra absolutamente ninguna protección en el Código civil para el Distrito Federal. No así en los Códigos civiles de Quintana Roo y Puebla (artículos 667 y 75 respectivamente) en que se determina, de manera idéntica, que:

“Cuando la imagen de una persona o de su cónyuge, o persona que viva con ella como si fuere su cónyuge, sin serlo, sus ascendientes, descendientes o colaterales dentro del cuarto grado se reproduzca o exponga sin un fin lícito, la autoridad judicial ordenará suspender la reproducción o exhibición, sin perjuicio de la responsabilidad del autor o autores de la reproducción o exhibición.”<sup>97</sup>

Como se anunciaba precedentemente, es en la Ley Federal del Derecho de Autor publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 24 de diciembre de 1996, donde encuentra el debido amparo el derecho a la propia imagen en la legislación positiva mexicana. En sus artículos del 85 al 93 se establecen todas las regulaciones al respecto, rigiendo como principio general el de que todo retrato de una persona sólo podrá ser usado,

<sup>97</sup> *Código civil del Estado Libre y Soberano de Quintana Roo*. Edición oficial. México, D.F. 1980.

exhibido o publicado con el consentimiento expreso del interesado o sus representantes, pudiendo revocarse en cualquier momento siempre que se responda por los daños y perjuicios ocasionados con esta variación de la voluntad.<sup>98</sup>

El Maestro Gutiérrez y González coloca el derecho a la propia imagen dentro de los que él denomina en sentido general como derecho al secreto o a la reserva conjuntamente con el derecho al secreto epistolar, el derecho a la inviolabilidad del domicilio, al secreto telefónico y profesional, y al derecho al secreto de disposición de los bienes por última voluntad, ignorando el carácter autónomo que ya disfruta esta manifestación de la personalidad.<sup>99</sup>

#### **D.- Derecho al nombre.**

A pesar de la necesidad permanente que ha sentido el hombre de sentirse identificado y distinguido del resto de sus semejantes, es curioso que haya prestado tan escasa atención a la protección de uno de los más importantes signos distintivos con que cuenta: el nombre.

Esta omisión padecida ha sido paulatinamente suplida en la mayoría de las legislaciones de los países más avanzados, lo que no ocurre en el caso de México. La legislación civil mexicana no contiene disposiciones específicas relacionadas con el nombre, excepto alguna alusión que de forma esporádica se hace en las leyes en materia de Registro civil o sobre los Derechos de autor.

La obligación de tener un nombre se deriva de la necesidad de identificación de las personas, pero en la legislación positiva nada se especifica al respecto. La manera en que se forma el nombre tampoco está establecida, y debe deducirse que por el uso de la costumbre el nombre esté formado por el nombre propio elegido por los progenitores del nacido, o por quien lo presente al Registro civil, y por dos apellidos, precedido por el primero del padre.

---

<sup>98</sup> *Ley Federal del Derecho de Autor*. Decimoséptima edición. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. 1996.

<sup>99</sup> Gutiérrez y González, Ernesto. *Ob.cit.* p. 825.

Todas las limitantes que a la libre elección del nombre establecen algunas legislaciones de tradición romano-germánico y canónica, se aplican por costumbre en el caso mexicano, porque, repetimos, la legislación al respecto es totalmente omisa: así no se permiten nombres que puedan inducir a la confusión sobre el sexo, o que denigren la dignidad de la persona por molestos o extravagantes, ni usarse como nombres los apellidos.

En casos excepcionales puede pedirse el cambio de nombre mediante la correspondiente modificación del acta del estado civil ante la autoridad judicial competente (artículos 314 y 135.II del Código civil).

El Código civil del Estado de Quintana Roo no ofrece el tratamiento y protección de esta institución como derecho de la personalidad que es, sino sólo como atributo de la persona. Pero al menos dedica varios artículos a su regulación.

Correlacionado con el derecho al nombre, aunque no se trate directamente del mismo, están los derechos a los títulos nobiliarios y profesionales. El artículo 12 de la Constitución federal, expresamente desconoce cualquier prerrogativa que se derive de la posesión de un título nobiliario que se ostente por alguno de sus ciudadanos en el territorio o por persona venida del extranjero; y en su artículo 5º, segundo párrafo, deja a una ley complementaria el desarrollo del tema de cuáles profesiones necesitarán título para su ejercicio, así como las condiciones que deban cumplirse para obtenerlo y las autoridades encargadas de concederlo. En el sexto párrafo del mencionado artículo se prohíbe todo pacto en que se renuncie temporal o permanentemente al ejercicio de una profesión.

#### **E.- Derecho a la vida.**

Como certeramente recalca el Maestro Gutiérrez y González, "El Derecho a la vida en la legislación mexicana encuentra alguna protección en el campo del Derecho mal

llamado público, y muy pobre en el Derecho civil, en donde no aparece consagrado como un Derecho autónomo como debe en realidad ser.<sup>100</sup>

Los artículos 14 y 22 de la Constitución Federal, protegen el derecho a la vida de todas las personas al disponer que nadie será privado de la misma sino mediante juicio seguido ante los tribunales con las garantías y formalidades que la ley establezca, y prohibiendo la pena de muerte por delitos políticos, aplicable sólo a los delitos de traición a la Patria en guerra extranjera, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación y ventaja, al incendiario, al plagiarlo, al salteador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves de orden militar. También se protege el derecho a la vida, al disponer el artículo 17 que ninguna persona podrá ejercer justicia por sí misma.

En el Derecho penal no puede discutirse que el derecho a la vida encuentra el debido amparo al sancionar conductas como el abandono de personas desvalidas, el homicidio, el asesinato, y sus variantes. Con la previsión de severas sanciones para quienes cometan semejantes conductas, se demuestra la preocupación del Estado y del legislador por evitar en la medida de lo posible, todo acto atentatorio contra el sagrado derecho a la vida.

La mayoría de las Constituciones del resto de los Estados de la Federación se limitan a remitir la protección de las garantías y derechos de sus ciudadanos, a las normas contenidas en las Constitución de la Nación. Y sus respectivos Códigos civiles resultan tan omisos en sus pronunciamientos sobre el derecho a la vida, como el Código civil para el Distrito Federal. Incluso los más avanzados en materia de reconocimiento de los derechos de la personalidad, que son los tantas veces mencionados Códigos civiles de Tlaxcala, Quintana Roo y Puebla, sólo hacen tímidas menciones, a veces implícitas, de la protección que debe recibir tan estimable bien para el hombre: artículos 1402, 667 y 75-1 respectivamente.

---

<sup>100</sup> Ibid. p. 917.

## **F.- Derecho a la libertad.**

Las diversas manifestaciones de la libertad se encuentran amparadas en la Ley fundamental; así la libertad personal se protege en el artículo 2º al quedar expresamente prohibida la esclavitud de toda persona que entre en el territorio nacional, y en sus artículos 14, 16, 18 y 19 al establecerse que nadie será privado de la libertad sino mediante juicio seguido ante los tribunales, al prohibirse la detención de toda persona salvo que exista orden de aprehensión emitida por la autoridad judicial competente, y por el término que la ley establezca. Las libertades de movimiento y residencia, maneras en que se puede manifestar la libertad personal, quedan consagradas en el artículo 11, al permitir la entrada y salida del territorio nacional, así como viajar y mudar de domicilio siempre que estime conveniente el interesado, sin más limitaciones que las derivadas de la responsabilidad penal y civil, y si así fue dispuesto por la autoridad judicial.

La libertad de pensamiento, de prensa o imprenta, y de creencias religiosas se protegen en los artículos 6º, 7º y 24 respectivamente de la Constitución. La primera de ellas tiene su única limitación en los ataques a la moral, los derechos de terceros, en que sea constitutivo de delito, o en la perturbación del orden público. Especialmente las libertades de expresión e información, encuentran un ilimitado campo de ejercicio, al excluir de toda responsabilidad y obligación de reparación, a quienes ejerzan sus derechos de opinión, crítica, expresión e información, según determina el artículo 1916 bis. del Código civil para el Distrito Federal. Este precepto es realmente innecesario en virtud de lo que ya se establece en los artículos 6º y 7º, ambos de la Constitución Política de la Nación en los que se ampara la manifestación libre de ideas, sin previa censura ni inquisición judicial ni administrativa, siempre que no se ataque con ello la moral, los derechos de terceros, sea la causa que provoque un delito o perturbe el orden público.

La libertad de dedicarse a la profesión, oficio, comercio o trabajo que cada persona elija, siempre que se trate de una actividad lícita, encuentra su garantía en el artículo 5º constitucional, únicamente condicionada a que no ataque los derechos de terceras personas

o de la sociedad, y siempre mediando una previa decisión judicial o administrativa en la forma que marque la ley.

La libertad sexual limitada a la elección del momento de la procreación, se consagra en el artículo 4º, en su tercer párrafo, modificación que fue incluida en el año 1974 y que ha provocado una encendida repulsa del Maestro Ernesto Gutiérrez y González cuando expone: "...esta norma es un absurdo de lógicas del Derecho pues: a) Se incluye en la parte dogmática de la Constitución, que contiene las garantías individuales, y estas garantías son derechos que confiere la Constitución a los habitantes del país, *frente al Estado*, esto es, *derechos de los habitantes del país, que implican un límite al poder del Estado*. b) Y resulta que, el texto del artículo 4º conforme a su reforma, *no confiere un Derecho frente al Estado, sino un Derecho del hombre frente a, la mujer y de ésta frente a aquel*. Lo cual hace ver que es una reforma que carece de la más elemental noción de lo que es la parte dogmática de una constitución."<sup>101</sup>

En las Constituciones de otros Estados de la Federación es igualmente amparada la libertad en sus diversas manifestaciones. La Constitución Política del Estado de Durango protege en su artículo 3º el derecho a la libertad de toda persona, y en su artículo 15 reproduce textualmente el enunciado análogo de la Constitución federal en cuanto al amparo a la libertad de elección del momento y condiciones de procreación de los hijos.

En los Códigos civiles las manifestaciones de la libertad que se recogen son las relacionadas con la libertad contractual, la libertad de testar, y de elección del domicilio. La ley sustantiva del Distrito Federal así las protege en sus artículos 1792, 1793, 1795, 1819, 457, 29 y 34, que son prácticamente reproducidos en su texto en el resto de los Códigos civiles de los Estados de la Federación. Sólo en el Código civil del Estado de Quintana Roo es expresamente declarado ilícito todo hecho o acto que restrinjan en su libertad a las personas físicas (artículo 667). El artículo 1916 del Código civil para el Distrito Federal

---

<sup>101</sup> Ibid. p. 936.

admite la existencia del daño moral cuando se vulnere o menoscabe la libertad de las personas.

#### **G.- Derecho a la integridad física.**

Resulta contradictorio, como ocurre con la generalidad del resto de los derechos de la personalidad, que el sustento corpóreo, la estructura física donde se alberga la persona, que es su cuerpo, carezca de una apropiada protección y definición en el ámbito del Derecho civil mexicano. No obstante, el Código civil para el Distrito Federal incluye dentro de los derechos cuya vulneración implica un daño moral, la integridad física de las personas. (artículo 1916).

En la Constitución encuentra un elemental amparo al proscribir toda pena que implique mutilación, tormento físico de cualquier tipo, marcas, azotes o palos en su artículo 22.

Los Códigos civiles de Tlaxcala (artículo 1402), Quintana Roo (artículo 667.3) y Puebla (artículo 75.3) tampoco lograron una acabada protección a este importante derecho de la personalidad, pero al menos lo nombran expresamente, y van mucho más allá que la regulación que contiene el Código civil para el Distrito Federal.

#### **H.- Derechos sobre el propio cuerpo vivo o muerto.**

En el presente apartado sólo haremos mención a las previsiones de la ley positiva mexicana en cuanto a la disposición del todo o de partes del cuerpo vivo, o del cadáver con fines terapéuticos, de investigación o experimentación en beneficio de la colectividad.

Los actos que implican la disposición total del cuerpo, como los contratos de matrimonios, o aquellos que significan la sumisión total de la persona coartando su libertad, como la esclavitud y el lenocinio o prostitución controlada bajo coacción, o por actos

considerados heroicos, carecen de interés para el presente trabajo. El matrimonio, para empezar, no debe ser asimilado a un contrato, sino que debe ser entendido como sinónimo de entrega común de los cónyuges, que acuden voluntariamente a esta unión a fin de colaborar recíprocamente en el sostenimiento del hogar, en la educación de los hijos que decidan traer al mundo, en ayudarse y respetarse. El amor, el respeto, el cariño o la causa que origina la vida en común, se concreta con la entrega física y espiritual de ambos miembros de la pareja, sin que ello signifique sumisión ni pertenencia de uno para el otro.

Cualquier otro acto de disposición total del cuerpo de una persona que implique una limitación de su libertad manifestada en cualquiera de sus formas, es nulo por contrariar el orden público, la moral, la ley y los más elementales derechos de la persona y su dignidad. El suicidio es hoy considerado por la casi totalidad de las legislaciones modernas, como un acto ilegítimo mayoritariamente sancionado; sin embargo, esta connotación la pierde si se trata del riesgo de la vida —y con ella, del cuerpo— en beneficio de la colectividad, o para realizar actos que son considerados socialmente enaltecedores.<sup>102</sup>

### **1.- Derechos sobre el cuerpo vivo.**

El Código civil para el Distrito Federal ignora por entero incluir en su texto la protección debida en el ámbito civil de los derechos sobre el propio cuerpo vivo o muerto. Semejante olvido puede explicarse por la fecha en que se redactó el mismo, pues todo lo relacionado con los implantes y donaciones de órganos y tejidos tiene un desarrollo meritorio en fecha muy recientes. Pero no se justifica que en las numerosas y sucesivas modificaciones que ha sufrido el Código civil, no se hayan ya previsto estos supuestos, máxime si se tiene en cuenta su creciente relevancia, los invaluable servicios que a la salud de los seres humanos prestan estas operaciones y la posibilidad del manejo inescrupuloso del cuerpo humano y sus componentes, por personas carentes de dignidad.

---

<sup>102</sup> Ibid. p. 953.

Por el contrario, los Códigos civiles de Quintana Roo y Puebla, sí mencionan de una u otra forma el reconocimiento a este derecho de la personalidad. El artículo 672 del Código civil del Estado de Quintana Roo dispone:

“Toda persona capaz tiene derecho a disponer parcialmente de su cuerpo, en beneficio terapéutico de otra, siempre que tal disposición no ocasione una disminución permanente de la integridad corporal del disponente ni ponga en peligro su vida.”<sup>103</sup>

Por su parte el Código civil del Estado de Puebla en su artículo 80, dispone en esta materia lo siguiente:

“Toda persona capaz tiene derecho a disponer parcialmente de su cuerpo, en beneficio terapéutico de otra, y puede igualmente disponer de su cuerpo, para después de su muerte, con fines terapéuticos, de enseñanza o de investigación.”<sup>104</sup>

El Código civil de Tlaxcala, anterior en tiempo a sus sucesores, no lo incluye, ni siquiera en sentido genérico, en el mencionado artículo 1402 como parte integrante del patrimonio moral de las personas.

Con la Ley General de Salud en vigor a partir del primero de julio de 1984, se reglamentan las cuestiones relacionadas con la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de los seres humanos, principales formas en las que se manifiesta y para las que se protegen los derechos sobre el cuerpo, como derechos subjetivos de la personalidad.<sup>105</sup>

<sup>103</sup> Código civil del Estado Libre y Soberano de Quintana Roo, Ob.cit.

<sup>104</sup> Código civil del Estado Libre y Soberano de Puebla. Edición oficial. México, D.F. 1985.

<sup>105</sup> Ley General de Salud. Actualizada hasta mayo de 1994. Editorial Sista, S.A de C.V. México, D.F. 1994. pp. 77 y ss.

El Título Decimocuarto —artículos 313 al 350— dedica su articulado a las cuestiones relacionadas con el control sanitario que compete a la Secretaría de Salud en cuanto a la disposición de los órganos, los tejidos y sus componentes y los cadáveres de los humanos con fines terapéuticos, de docencia o investigación.

Independientemente de algunas fallas de la ley en la utilización del lenguaje técnico-jurídico<sup>106</sup> significa al menos un punto de referencia para el manejo y solución de los hechos y conflictos que se deriven del reconocimiento de este derecho de la personalidad.

Sólo se permiten los trasplantes de órganos, tejidos y sus componentes en personas vivas con fines terapéuticos, cuando los resultados de las investigaciones realizadas al efecto hayan resultado satisfactorias, y no representen un riesgo insalvable para la salud y la vida del oferente. Se preferirá en todo momento la obtención de órganos provenientes de cadáveres, y sólo se tomarán de personas vivas cuando las circunstancias del caso no permitan la espera de un órgano compatible que venga de un cadáver, prohibiéndose la disposición de un órgano único, esencial y no regenerable.

El consentimiento al respecto debe constar de forma indubitada por escrito, salvo que se trate de una cesión de sangre, en que basta el consentimiento verbal. Para estos casos podrá emplearse la de personas vivas, por tratarse de un fluido esencial renovable, y siempre se obtendrá de personas voluntariamente dispuestas a proporcionarla gratuitamente. Semejante regulación coincide con la analizada en su momento anteriormente en la legislación española; pero debemos atender a la invaluable necesidad que de este complemento humano se tiene en cualquier circunstancia, y sin que llegue a alcanzar proporciones incontrolables, y a convertirse el acto de venta de sangre en un negocio turbio, no debe ser rechazada la posibilidad de la enajenación onerosa de la sangre, siempre que ello signifique el mejoramiento o la salvación de una vida humana.

---

<sup>106</sup> Cfr. Gutiérrez y González, Ernesto. Ob.cit. pp. 972-977.

En esta materia rige igualmente el Reglamento de la Ley General de Salud en materia de control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 20 de febrero de 1985.<sup>107</sup>

## **2.- Derechos sobre el cadáver.**

Ya comentamos precedentemente el momento en que, para el Derecho mexicano, debe entenderse que ha sobrevenido la muerte de una persona. Para esta legislación, alejada un tanto de las más modernas convenciones que rigen internacionalmente al respecto, debe comprobarse la existencia de los signos descriptos en el artículo 317 de la Ley General de Salud: la ausencia de conciencia, de respiración espontánea, la falta de percepción y respuesta de estímulos externos, la ausencia de reflejos en los pares craneales y de reflejos medulares, la atonía de los músculos, la inexistencia de regulación fisiológica de la temperatura corporal, y el paro cardíaco irreversible.

Si lo anterior parece ser demasiado dados los modernos avances de la ciencia médica que permiten casi de inmediato detectar cuando ha sobrevenido la muerte, todavía resultan más excesivos los datos a verificar para su determinación, exigidos en el artículo 318 de la propia Ley General de Salud, a los efectos de la disposición de órganos y tejidos de un cadáver con fines terapéuticos. La eficacia de una operación de implante de órganos radica en la rapidez con que se realice, y el éxito dependerá de la "frescura" del órgano e inmediatez de su traspaso del cuerpo del donante al de su receptor. Esperar las seis horas a que alude el precepto legal mencionado para comprobar la persistencia de los signos indiscutibles de la muerte, operan en detrimento de la feliz culminación de una intervención quirúrgica, que en la mayoría de los casos significa la salvación de una vida humana.

Los Códigos civiles de Quintana Roo y Puebla reconocen los actos de disposición del cadáver en los artículos 673 y 80 y 81 respectivamente que expresamente disponen:

---

<sup>107</sup> *Ley General de Salud y sus disposiciones complementarias*. Séptima edición. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. 1991. pp. 470 y ss.

**"Puede igualmente disponerse por testamento, total o parcialmente del cuerpo del propio testador y para después de la muerte de éste."<sup>108</sup>**

**Artículo 81. En el segundo de los supuestos previstos en el artículo anterior, se aplicarán las siguientes disposiciones:**

**I.- El que pretenda disponer de su cuerpo hará saber por escrito su última voluntad a sus parientes más próximos, a la institución beneficiaria y al Director del Registro civil.**

**II.- Acaecida la defunción del disponente, los parientes más próximo de éste lo harán saber a la institución beneficiaria y ésta gestionará ante el Juez del Estado civil y el Director del Registro civil la entrega del cuerpo.**

**III.- El Juez del Registro civil autorizará la entrega del cuerpo a la institución beneficiaria, si no hay inconveniente desde el punto de vista médico y oyendo la opinión de un médico legista..."<sup>109</sup>**

Si los reparos incluidos en la Ley General de Salud para la definitiva disposición de los órganos de un cadáver nos parecían excesivos, qué decir de los múltiples pasos y requisitos a cumplir por imperio de este artículo. Realmente dudamos que se logre alguna vez un implante exitoso de órganos si se necesitan cubrir todos estos requerimientos.

Es principio aceptado y exigido, el de que en todo momento los cadáveres sean tratados con el debido respeto y consideración a la memoria del fallecido sin distinción alguna, sin convertirlos nunca en objeto de propiedad, comercio y manejo como una cosa en sentido vulgar.

<sup>108</sup> Código civil del Estado Libre y Soberano de Quintana Roo. Ob.cit.

<sup>109</sup> Código civil del Estado Libre y Soberano de Puebla. Ob.cit.

## **I.- Otros derechos de la personalidad reconocidos por la legislación mexicana.**

La constatación de la pluralidad de derechos de la personalidad que existen en sus más variados matices y particularidades a pesar de la unidad psicosomática del eje sobre el que se desenvuelven, que es el hombre, y la prueba del necesario condicionamiento espacio-temporal de los mismos, las encontramos en el reconocimiento de otras situaciones jurídicas distintas a las explicadas en el presente capítulo, en la legislación positiva de algunos Estados de la Federación, y que son tratadas como derechos subjetivos de la personalidad.

En muchos casos nos mostramos algo dubitativos cuando se trata de aceptar algunas de estas situaciones en el rango de derechos de la personalidad, pues, como se ha reiterado durante lo hasta aquí analizado, semejante denominación debe quedar reservada para aquellos derechos subjetivos que actúan respecto de la personalidad, de una manera esencial, imprescindible e inseparable de la misma.

Pero como estamos analizando el tratamiento de los derechos de la personalidad en la legislación mexicana, no podemos dejar de mencionarlos independientemente de nuestra disconformidad con su inclusión en el catálogo de los derechos subjetivos objeto de este estudio.

### **1.- Derecho a la presencia estética.**

Siguiendo al Maestro Ernesto Gutiérrez y González, podemos entender el derecho a la presencia estética como "...el sentimiento de lo que el individuo considera debe ser su presencia física ante la sociedad, y lo que ésta por su parte considera que implica la presencia de un sujeto que se mueve en el campo de ella."<sup>110</sup>

---

<sup>110</sup> Gutiérrez y González, Ernesto. Ob.cit. p. 848.

La estética, entendida como la apreciación de la belleza, está condicionada por la cultura de los pueblos, sus costumbres, por la época y por la subjetividad de quien la percibe y juzga. Por ello no es un concepto estático ni universal.

Sobradas pruebas existen de la anterior afirmación. El ideal de la belleza femenina en otros tiempos eran las mujeres algo rollizas, casi regordetas, y así fueron representadas y descritas en las mitologías griega y romana, y en la pintura de genios como Miguel Ángel y Rubens. Incluso en algunas comunidades campesinas actuales, las mujeres delgadas no son muy bien vistas pues se les considera enfermas y no aptas para enfrentar las duras labores del hogar y la siembra. A partir de la mitad del presente siglo, fue estableciéndose como la perfección, un cuerpo de mujer delgado y proporcionado, criterio impuesto por el cine y las más importantes firmas de moda y alta costura; muchas de las más cotizadas maniqués de la actualidad son, no sólo mujeres sumamente delgadas, sino que parecen anoréxicas, ejemplo que insisten en imitar multitud de jovencitas y adolescentes, exponiendo a veces la propia salud en tan importante etapa de su crecimiento.

La forma de adornarse la cara con colores exagerados y con marcas permanentes, es sinónimo de belleza en algunas culturas indígenas y tribus africanas; incluso el arte del maquillaje y la cosmética fue una poderosa arma utilizada por las mujeres en antiguas civilizaciones como la egipcia. Actualmente, en el llamado mundo civilizado, es más sutil el uso de afeites, llegándose a estimar en mucho más el "buen gusto" de una fémina, cuando logra aparecer impecablemente maquillada, sin que se note nada artificial.

Los aspectos que pueden incluirse como parte del derecho a la presencia estética son la vestimenta, la estética del rostro, los tatuajes, la cirugía estética, entre muchas otras manifestaciones que podrán presentarse paulatinamente.<sup>111</sup>

En la legislación civil del Distrito Federal, como ya se ha recalcado, se desconoce el tratamiento, ya no de este derecho de la personalidad, sino de muchos otros analizados en

---

<sup>111</sup> Ibid. pp. 852 y 853.

este capítulo. Sólo se reconoce expresamente la protección del derecho a la presencia estética, en el artículo 668.2 del Código civil del Estado de Quintana Roo en que se determina que:

“ Toda persona tiene derecho a que se respete:  
2. Su presencia estética.”<sup>112</sup>

## 2.- Derechos de convivencia.

Un segundo grupo de derechos, considerados de la personalidad, son los llamados derechos de convivencia. No me corresponde como extranjera juzgar el modo de vida y el comportamiento de los habitantes de esta gran ciudad de México, y nos limitaremos a remitir la justificación que para la consideración de estos derechos, brinda el Maestro Ernesto Gutiérrez y González: “...si estos derechos —a los que doy este calificativo a falta de otro mejor y más descriptivo— se conocieran y se respetaran...México sería un gran país, y en especial la Ciudad de México, sería una región digna de habitarse y de placentera estancia en ella...”<sup>113</sup>

Este grupo de derechos se encaminan a lograr el respeto a una convivencia cotidiana tanto personal como social, que se desenvuelva sin obstáculos. Es curioso que la ciudad que más lo necesita, por la densidad de su población, y el nivel de agresividad que la cotidianidad impone, no prevea nada al respecto en su legislación, y si se incluyan como derechos de personalidad en Estados en donde la vida debe desarrollarse con relativa calma, como en Quintana Roo o Puebla.

Entre los derechos de convivencia, el Maestro Gutiérrez y González incluye el derecho al reposo nocturno, el derecho al libre tránsito en la ciudad, derecho al libre acceso al hogar u oficina, derecho a que se respete la limpieza del tramo de vía frente al hogar,

<sup>112</sup> *Código civil del Estado Libre y Soberano de Quintana Roo. Ob.cit.*

<sup>113</sup> Gutiérrez y González, Ernesto. *Ob.cit.* p. 863.

derecho de asistencia o ayuda en caso de accidente, y por último, derecho a un equilibrio ecológico y protección al ambiente.

De todas estas manifestaciones de los derechos de convivencia sólo estimamos digna de protección en la categoría de derechos de la personalidad, el derecho al reposo nocturno, que más bien calificaríamos como el derecho a no padecer el ruido, o derecho a la no contaminación acústica. Las molestias y ruidos producidos durante el día en zonas habitables por industrias o cualquier tipo de comercio, o en las noches, durante el reposo nocturno, proveniente de la misma causa o de un particular, constituyen perturbaciones de la vida cotidiana y ataques a la paz del domicilio, la intimidad personal y familiar y el descanso nocturno. Y es en este particular derecho de la personalidad —el de la intimidad familiar y personal— en que debe ser encuadrada la conducta referida, y no tratarlo como algo independiente de la misma.

El resto de las manifestaciones son algunas entre muchas normas de convivencia que la modernidad exige, y que carecen de relevancia suficiente para ser consideradas derechos de la personalidad, son sólo eso, normas de convivencia social que atañen a cada individuo en particular. Recalamos que la especial forma de protección que se deriva del reconocimiento de los derechos de la personalidad, debe quedar atribuida sólo a aquellas manifestaciones intrínsecas, esenciales e inseparables de la personalidad humana.

En el capítulo dedicado a las implicaciones más actuales que se desprenden del reconocimiento de los derechos de la personalidad, dedicamos un apartado especial al derecho al medio ambiente, no como uno más dentro del catálogo de aquellos, sino como complemento indispensable para el desenvolvimiento de la personalidad y el desarrollo de otros derechos de la persona, sobre todo, los que atañen a su personalidad.

La consideración del derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado como derecho de la personalidad no goza del favor mayoritario de la doctrina. Pero muchos teóricos y estudiosos del tema sí lo reconocen como un derecho de la personalidad. La

literatura jurídica alemana, italiana y francesa así lo considera; es un valor que debe ser garantizado para dar ámbito absoluto a la tutela de la persona, y como tal debe integrarse como un derecho de la personalidad.<sup>114</sup>

Más bien se trata de lograr el modo más efectivo para garantizar el derecho al ambiente, que en las sociedades industrializadas o en países pobres en que sus abundantes recursos naturales son expoliados alcanza ya dimensiones desmesuradas. Y se le pasa a considerar un derecho de la personalidad, no desde el plano teórico, sino práctico, vinculado a las formas más seguras y propicias para protegerlo y que sólo brindan los derechos de la personalidad.

Pero sea sólo con fines prácticos, o sea que con su reconocimiento como un perfecto derecho subjetivo de la personalidad se va a lograr una mayor protección, el asunto es que, particularmente en la ciudad de México, es impostergable la toma de medidas definitivas para el control ambiental y la defensa, protección y preservación de un medio natural adecuado.

Sólo los Códigos civiles de los Estados de Quintana Roo y de Puebla reconocen como derechos de la personalidad, los llamados derechos de convivencia. En el artículo 675 del Código de Quintana Roo se dispone:

“Los habitantes del Estado tienen derecho a que las autoridades y los demás habitantes de la comunidad que habiten, respeten los derechos de convivencia por medio de los cuales se protege las relaciones interpersonales. Enunciativamente se consideran derechos de convivencia, protegidos por la ley, los siguientes:

a).- Derecho de asistencia o ayuda en caso de accidente, sin perjuicio de lo que disponga el Código Penal;

<sup>114</sup> Moreno Trujillo, Eulalia. *La protección jurídico-privada del medio ambiente y la responsabilidad por su deterioro*. José María Bosch Editor, S.A. Barcelona. España. 1991. p. 88.

- b).- Derecho al libre acceso a su casa habitación, sin que se lo impidan vehículos u objetos estacionados o colocados a la entrada de la misma aunque no haya anuncio de prohibición en ese sentido;
- c).- Derecho a que no se deposite basura y desperdicios en el frente, o a los lados de su casa-habitación, aunque no haya señal o prohibición en este sentido;
- d).- Derecho a no ser perturbado por los vecinos con sonidos estridentes o estruendosos o por la luz temporal de lámparas que molesten su reposo.”<sup>115</sup>

En el Estado de Puebla el reconocimiento de los derechos de convivencia alcanzan la categoría de garantía individual en su Constitución Política. El artículo 14 establece que:

“La Ley garantizará los derechos de la personalidad, comprendiendo, dentro de éstos, los derechos de convivencia, protectores de las relaciones interpersonales en la comunidad.”<sup>116</sup>

Ya en el Código civil se reproduce casi íntegramente la letra del Código de Quintana Roo, agregándose un inciso e) entre los derechos de convivencia protegidos por la ley: transitar libremente en calles, avenidas, boulevares y caminos públicos, salvo lo dispuesto por autoridad competente.

### **3.- Derechos de afección.**

Los sentimientos y afectos de la persona humana son parte esencial del contenido de los derechos de la personalidad. La totalidad de los valores encuadrados dentro de la denominación de derechos que atañen a la naturaleza psíquica y espiritual, interna del individuo, tienen que ver mucho con su estimación, sus sentimientos, su valía, su tranquilidad, y paz interna, familiar o de las personas cercanas que le rodean.

<sup>115</sup> *Código civil del Estado Libre y Soberano de Quintana Roo. Ob.cit.*

<sup>116</sup> *Constitución Política del Estado de Puebla. Ob.cit. p. 14.*

Por ello, formar un grupo de derechos de la personalidad que protejan los afectos o sentimientos de una manera particular es un exceso, pues cualquiera de sus manifestaciones encuentra cabida en los derechos antes estudiados: la intimidad personal y familiar, la reputación y la honra, la identidad personal.

El Maestro Gutiérrez y González estima, sin embargo, que los sentimientos o afectos que constituyen verdaderos derechos subjetivos o que debieran ser incluidos en esta categoría, diferenciada de sus otras manifestaciones son: el afecto por los miembros integrantes de la familia, el afecto de amistad, el afecto por los recuerdos de familia, el afecto a fosas mortuorias de familia, el sentimiento de afecto al cadáver, los sentimientos o afectos religiosos, y los sentimientos y afectos políticos.<sup>117</sup>

En el artículo 1916 del Código civil para el Distrito Federal se habla del daño moral como aquel que se causa a los sentimientos, afectos y creencias, y en el artículo 2116 se brindan las pautas para la determinación del valor de una cosa, en que no se tomará en cuenta el precio de afección a menos que se haya destruido con la clara intención de lastimar los sentimientos o afectos del perjudicado.

Parecidas regulaciones contiene el Código civil de Tlaxcala en su artículo 1411, en su tercer párrafo, en que se dispone que:

“Para fijar el valor y el deterioro de un bien, no se tomará en consideración la estimación o afecto del dueño de ese bien por el mismo; pero si se causa daño moral, se reparará éste conforme lo dispone el artículo 1409 y si se prueba que el responsable destruyó o deterioró el bien con el objeto de lastimar la afección del dueño, podrá el juez aumentar el monto...”<sup>118</sup>

<sup>117</sup> Gutiérrez y González, Ernesto. Ob.cit. pp. 894-899.

<sup>118</sup> Código civil del Estado Libre y Soberano de Tlaxcala. Ob.cit.

Como derecho de la personalidad quedó previamente amparado en el artículo 1402, al incluir dentro de los componentes del patrimonio moral, "el afecto del titular del patrimonio moral por otras personas, su estimación por determinados bienes..."<sup>119</sup>

El Código civil del Estado de Quintana Roo en su artículo 667.4 y el de Puebla, en su artículo 75.4, establecen que:

"Con relación a las personas físicas son ilícitos los hechos o actos que:

4. Lastimen el afecto, cualquiera que sea la causa de éste, que tengan ellas por otras personas o por un bien."<sup>120</sup>

Hasta aquí el catálogo de derechos de la personalidad amparados en la legislación mexicana vigente. A pesar de nuestra disconformidad con la consideración de algunos de ellos dentro de la categoría de derechos subjetivos de la personalidad, ello dependerá de las condiciones reales e histórico concretas que imperen en cada sociedad, que asumirá la protección de unas u otras manifestaciones de la personalidad, según lo exija las particularidades de cada lugar.

No significa que se amparen sin criterio alguno todas las situaciones jurídicas que se le antojen al legislador forman parte integrante esencial de la personalidad de los seres humanos, y se les brinde a todas ellas el efectivo aparato de protección con que cuentan estos derechos subjetivos; sólo merecen esta distinción aquellos verdaderamente inseparables del hombre, intrínsecos a su naturaleza como son su vida, su libertad, su integridad física, su cuerpo, su honor, su intimidad personal y familiar, su imagen, su nombre, y su identidad personal.

<sup>119</sup> *Ibidem*.

<sup>120</sup> *Código civil del Estado Libre y Soberano de Quintana Roo. Ob.cit.*

## **CAPÍTULO TERCERO**

### **RESPONSABILIDAD CIVIL ORIGINADA EN EL DAÑO MORAL**

Uno de los temas más apasionantes del derecho de la responsabilidad civil, lo constituyen los daños que recaen sobre el patrimonio moral. Sin embargo, los derechos de la personalidad, a pesar de existir por su propia naturaleza con independencia de que el legislador los reconozca, no han encontrado un amparo adecuado y cómodo en los tribunales civiles.

La infracción relativa a algunos de los derechos de la personalidad puede dar lugar a su sanción tanto por la vía penal y la consiguiente responsabilidad civil derivada, o a una responsabilidad civil pura para obtener su reparación por el daño que se ocasione con la conducta, que puede ser de tipo material o moral.

La vía civil es la más adecuada para la protección de los derechos de la personalidad, sobre todo los relacionados con la esfera psíquica del individuo. Esta opción se explica porque el agraviado por una lesión a este tipo de derechos desea sobre la petición de la condena del agresor, un reconocimiento de su derecho y una indemnización justa, y no parece proporcionado, por otra parte, que un insulto o una imputación falsa haya de llevar a una persona a la prisión o se le imponga alguna pena de inhabilitación que lo convierta en un delincuente común.

La protección civil de los derechos de la personalidad es una necesidad que la realidad social venía clamando a voces. El triunfo de la vía civil sobre la penal se justifica plenamente por el principio de intervención mínima como última *ratio* sancionadora que acompaña al Derecho penal, y la mayor efectividad de los métodos de protección civiles. La libertad es uno de los bienes más preciados que tiene el hombre, y no debe privarse de ella

sino en aquellas acciones u omisiones que atenten de modo grave contra algún bien jurídicamente protegido merecedor de tan extrema protección, o cuando resulten insuficientes todos los recursos ofrecidos por otras ramas del Derecho.

## **I.- La responsabilidad civil por daños.**

### **A.- Elementos comunes a toda responsabilidad civil.**

#### **1.- La acción u omisión.**

El punto de partida de toda responsabilidad civil descansa en un actuar humano al que de alguna manera se le pueda considerar causa de un daño. Este actuar puede consistir en una acción positiva (*facere*) o en una acción negativa, omisiva o de abstención (*non facere*).<sup>1</sup>

En un sentido filosófico *acción* implica una realización de la voluntad a través de una actividad dirigida a un fin, lo cual la diferencia del simple suceder casual. En un sentido jurídico es todo acto humano realizado con carácter voluntario, destinado a la producción de un resultado querido o no, pero previsible con un mínimo de conciencia y razón, y por ello es imputable a su autor. Esta noción no se agota con el obrar querido, sino que implica la producción de un resultado mediante un movimiento corporal e inconsciente y se incluyen aquellas acciones no queridas y ni siquiera previstas.<sup>2</sup>

La imputación objetiva del hecho es fundamental para la constatación de la responsabilidad, y su análisis resulta esencial al momento de diferenciarla sustancialmente de la imputación por culpa.

<sup>1</sup> Díez-Picazo, Luis y Antonio Gullón, Ob.cit. p. 826.

<sup>2</sup> Larenz, Karl. *Derecho civil. Derecho de obligaciones*. Tomo III. Volumen 2º. Madrid, España. 1978. pp. 564 y ss.

Son imputables también, como se ha dicho, las consecuencias que se derivan de la omisión de un actuar, que de haberse efectivamente efectuado, habría evitado las consecuencias generadoras de la responsabilidad.<sup>3</sup> De esta forma podemos resumir que el incumplimiento puede originarse tanto por omitir lo que se debió haber hecho (omisión) o en hacer lo que se debió omitir (acción).

## **2.- La antijuridicidad.**

Será antijurídica toda conducta por acción u omisión, contraria a una norma, ya sea la ley, o un contrato, o principios jurídicos generales, que afecta directamente a bienes e intereses jurídicamente protegidos, o a derechos ajenos; "...significa un juicio de menosprecio hacia el ordenamiento jurídico por parte de una determinada conducta...es toda conducta humana que contradice el ordenamiento jurídico como un todo".<sup>4</sup> Sirve para establecer las consecuencias dañosas de una conducta.

En la búsqueda de un criterio adecuado para decidir sobre la ilicitud del acto productor del daño, surgen varias teorías que lo explican desde la perspectiva de la víctima:

**a.-** La primera sostiene que un daño es ilícito cuando es producto de la violación de una norma jurídica imperativa o prohibitiva. Según esta opinión, la antijuridicidad ha de basarse en el resultado, pues este será contrario a la valoración basada en las normas (imperativas o prohibitivas).<sup>5</sup> Este criterio es sumamente estrecho para calificar de antijurídica una conducta, pues existen numerosos actos dañosos que generan responsabilidad sin que exista un mandato legal específico que lo prohíba o condene.

**b.-** Otra afirma que el daño es antijurídico cuando lesiona un derecho subjetivo ajeno, pero esta concepción sufre por su misma inconsistencia, pues puede

<sup>3</sup> Santos Briz, Jaime. *Derecho de ...* Ob.cit. p. 23.

<sup>4</sup> *Ibid.* pp. 24 y 25.

<sup>5</sup> Cfr. Santos Briz, Jaime. Ob.cit. pp. 26 y ss.

existir un atentado contra un valor material o personal que no esté definido en la ley como derecho y no por ello se le priva de protección.<sup>6</sup>

c.- La ilicitud del daño está en la lesión de un interés tutelado o protegido.

Se trata de un concepto relativo en tanto lo que es antijurídico ante ciertas circunstancias en un sujeto, no lo es en otro, y debe atenderse entonces a la persona frente a la cual se ha producido la conducta, el contenido y alcance de la misma, y en atención a qué parámetros debe ser calificada de antijurídica.

Frecuentemente se incurre en el error de confundir la antijuridicidad (factor de índole objetiva) con el factor subjetivo de atribución que es la culpa o el dolo que constituye igualmente un juicio de valor pero referida a la reprochabilidad personal de esa acción a su autor. Y por ello no es analizada desde la perspectiva del daño sino de la conducta. Lo único que debe importar es la contradicción entre el hecho y el ordenamiento jurídico.

No obstante ello, en la actualidad se prefiere creer que la antijuridicidad no tiene por qué estar presente entre los elementos de la responsabilidad civil ante la posibilidad de que se produzcan daños por hechos lícitos que generan, a pesar de todo, responsabilidad y la obligación de resarcirlos. En los casos de responsabilidad contractual, el asunto es sencillo: existe una relación previa entre las partes y "...el comportamiento dañoso es el comportamiento de un deudor que contraviene su obligación y que viola al mismo tiempo el derecho del acreedor... el hecho generador de la responsabilidad civil contractual es siempre un acto ilícito, en la medida en que consiste en una contravención del ordenamiento jurídico..."<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> Doctrina fomentada por Ennecerus-Nipperdey.

<sup>7</sup> Díez-Picazo, Luis y Antonio Gullón. Ob.cit. pp. 826 y 827.

Sin embargo, en los casos de responsabilidad extracontractual, en la acción u omisión dañosa puede intervenir cualquier género de culpa o negligencia, y tanto la tipicidad como la legalidad de la conducta no actúan de manera tan estricta.

La antijuridicidad de una conducta puede desaparecer por determinadas causas previstas expresamente como eximentes de responsabilidad en los diversos ordenamientos jurídicos, pero que en sentido general, giran en torno a la legítima defensa, el estado de necesidad, y el obrar en el ejercicio legítimo de un derecho. Igualmente, si el perjudicado ha consentido el acto que ha provocado el daño «*volenti non fit injuria*»,<sup>8</sup> se elimina el matiz antijurídico, salvo que se trate de bienes y derechos sobre los que no se tenga poder de disposición o sean de naturaleza inviolable.

### 3.- La culpa.

Hasta hoy, la culpa continúa dominando el sistema de responsabilidad civil en la mayoría de las legislaciones, aunque su campo de acción cada vez se vea más limitado por la aparición de factores de carácter objetivo generadores de responsabilidad contemplados en la ley.

La culpa alude al aspecto subjetivo, al modo de ser psicológico.<sup>9</sup> La relación de la causalidad entre el hecho humano y el daño que de él se deriva, puede venir acompañada o no en el agente de un estado de ánimo culposo. Es un estado anímico que con relación al daño puede catalogarse de reprochable, que provoca el hecho dañoso antijurídico.

El concepto clásico de la culpa alude a dos elementos fundamentales: la previsibilidad, y la debida diligencia. Por esta razón solamente se puede exigir de un sujeto imputable. Es la omisión de la debida diligencia exigible al sujeto, es la inobservancia de un

<sup>8</sup> *El daño querido no genera injuria.*

<sup>9</sup> La culpa se entiende en este apartado, en su sentido más amplio, comprendiendo también el dolo. La ausencia de intención malsana separa ambos conceptos, y los ubica en ámbitos de responsabilidad más o menos reprochables y exigibles.

actuar que debió estar impulsado por la buena fe (*bona fide*), y por los cuidados propios de un buen padre familia (*diligentia* de un *pater familias*). Es en definitiva, "la conducta voluntaria contraria al deber de prevenir las consecuencias previsibles del hecho propio. No prestar la diligencia que se debe prestar, ocasionando con ello el incumplimiento de una obligación."<sup>10</sup>

La previsibilidad es la antecámara psicológica para evitar un resultado no querido, contrario a derecho. La medida de la diligencia, por su parte, es un criterio objetivo que debe determinarse atendiendo a la naturaleza de la obligación de que se trate, a las características de la persona, del lugar, y el tiempo.

La culpa puede ser contractual —cuando la acción u omisión voluntaria, produce un resultado no querido por no haberse aplicado la debida diligencia y supone una relación jurídica preexistente— o extracontractual o delictual —cuando la omisión voluntaria de la debida diligencia, aunque carente de malicia, produce un resultado contrario a derecho, evitable y no querido, sin que exista una relación jurídica anterior entre las partes, salvo el deber general del *alterum non laedere*—. <sup>11</sup> Una se deriva de un contrato, y la segunda de un acto ilícito.

Sin embargo, han surgido nuevas concepciones en las que resulta difícil una prueba completa de la culpa del agente. Cuando la actividad desarrollada por éste genera riesgos cualificados, es ya una realidad el imputarle la responsabilidad. En estos casos, la imputabilidad de las consecuencias del hecho dañoso nada tiene que ver con la culpa del sujeto, sino que el factor de responsabilidad es objetivo por prescindir de la persona. Pero a pesar de todo no resulta ociosa la distinción entre culpa contractual y extracontractual, ya

<sup>10</sup> Santos Briz, Jaime. *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y derecho procesal*. Tomo I. Quinta edición. Editorial Montecorvo, S.A. Madrid. España. 1989. p. 43.

<sup>11</sup> Principio general del Derecho que informa todo el ordenamiento jurídico-civil, y obliga al comportamiento de acuerdo con una serie de deberes respecto a terceros, con la corrección y prudencia necesarias para la debida convivencia.

que sobre cada una de estas manifestaciones actuará y se aplicará de una manera diferente el factor subjetivo de la responsabilidad que analizamos.<sup>12</sup>

El estado psicológico en que consiste la culpa lleva a distinguir el dolo de la culpa *stricto sensu*. Ambas tienen de común la voluntariedad del hecho productor del daño, al dolo hay que añadir la voluntad de dañar, mientras que la culpa en sentido estricto se caracteriza por la ausencia de previsión del daño que se pudo prever. De Cupis prefiero definirla de la siguiente manera: "Se puede afirmar que hay culpa cuando no se ha empleado aquella tensión de las facultades mentales que habrían permitido prever el daño previsible, al igual que aun habiéndose previsto el daño, no se ha impreso a la propia energía volitiva aquella orientación que, con la finalidad de evitarlo, habría sido necesaria."<sup>13</sup> incluyendo en este concepto la llamada «culpa con previsión».

#### 4.- La producción de un daño.

Otro de los elementos esenciales que ha de concurrir en todo caso para que pueda ser exigible la responsabilidad civil es la producción del daño, al cual se le ha de prestar mayor atención a los efectos de este estudio, matizado fundamentalmente al daño moral. Es la condición esencial de la responsabilidad civil; para que proceda el resarcimiento o la compensación, es indispensable que se haya producido un menoscabo en la esfera jurídica del perjudicado, que ha de ser real en su existencia y cuantía, y como consecuencia, sujeto a prueba. "Nadie está autorizado a desbordar su órbita de facultades e invadir la ajena... Si se causa un daño no justificado a un tercero... es conforme al señalado principio de justicia que el autor responda mediante el debido resarcimiento... Este deber de resarcir es lo que actualmente se llama responsabilidad civil."<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> Cfr. Bustamante Alsina, Jorge. *Teoría general de la responsabilidad civil*. Octava edición ampliada y actualizada. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. República Argentina. 1993. pp. 345-370.

<sup>13</sup> Cupis, Adriano de. *El daño...* Ob.cit. p.187.

<sup>14</sup> Bustamante Alsina, Jorge. Ob.cit. p. 157.

El daño ha de infringir un interés humano, y derivar de un hecho del hombre que vaya en contra de una norma jurídica, es decir, que sea antijurídico. Ha de ser además, imputable al sujeto, y quedan entonces excluidos de exigencia de responsabilidad los resultados dañosos producidos por hechos fortuitos o de fuerza mayor.

Siguiendo a Santos Briz, podemos considerar como fundamentos jurídicos de los cuales puede derivar la obligación de indemnizar daños, los siguientes:

- actos ilícitos, infracciones antijurídicas y culposas de los mandatos de la ley, en especial los ataques injustificados a la esfera de la personalidad o de los bienes de otra persona.
- las violaciones de crédito o los daños por incumplimientos de contratos o de cualquier otra relación jurídica preconstituida.
- violaciones de deberes especiales que la ley impone a quienes se encuentran en una determinada relación jurídica respecto de otra persona, no necesariamente obligatoria.
- deber de responder que esté impuesto por la ley.
- deberes legales de compensación que afectan a aquellas personas a cuyo favor otra ha de tolerar o soportar un perjuicio.
- obligaciones de indemnización derivada de ciertos contratos, como los de seguro o de garantía.<sup>15</sup>

---

<sup>15</sup> Santos Briz, Jaime. *Derecho de...* Ob.cit. pp. 138 y 139.

### 5.- La relación causal entre la acción u omisión y el daño.

La responsabilidad civil necesita como un elemento para su exigencia, la relación o nexo causal entre el hecho que ha producido el daño y el resultado; relación de causa-efecto entre uno y otro. El acto del obligado a indemnizar debe ser la causa o una de las causas de la producción del resultado dañoso. La relación de causalidad es el ligamen que se produce entre dos diversos fenómenos, por virtud del cual uno asume la figura de efecto jurídico con respecto al otro.<sup>16</sup>

Con respecto al daño la causalidad es el nexo material, objetivo, externo que liga el hecho con el resultado, y constituye el factor de imputación al sujeto.

La doctrina ha construido varias teorías para explicar este supuesto que pretenden ser fórmulas generales para la valoración de la causalidad. Ellas son la de la equivalencia de las condiciones, la de la causalidad adecuada, y la de la causalidad próxima.

La de la equivalencia de las condiciones afirma que es causa toda condición que ha contribuido al resultado, de manera que éste no se hubiera producido si la condición no se hubiera dado (*conditio sine qua non*). De esta forma, todas las condiciones que se presenten, de cualquier dimensión y naturaleza, sean positivas o negativas, son causa conjunta del resultado, son todas a la vez necesarias y esenciales para producir el efecto y ninguna puede separarse de las otras sin que repercuta sobre el efecto en sí. Basta con que la culpa de una persona haya sido uno de los antecedentes del daño para que se le haga responsable de él, no importa que entre la conducta culposa y el daño hayan mediado otros acontecimientos, aunque numerosos y de gran entidad.<sup>17</sup> Este criterio es excesivo, su estricta aplicación conduce a conclusiones irracionales pues se hace responsable a la persona de todas las consecuencias aun remotas y desproporcionadas que resulten de sus actos.

---

<sup>16</sup> Ibid. p. 123.

<sup>17</sup> Bustamante Alsina, Jorge. Ob.cit. p. 262.

La teoría de la causalidad adecuada —cuyo especial predicador es Karl Larenz— trata de determinar si la conducta del sujeto resulta suficiente y apropiada para producir el resultado dañoso, que sólo será posible analizarlo en cada caso en particular atendiendo a las circunstancias del mismo. No todos los acontecimientos que preceden al daño tienen la misma relevancia sino que debe asociarse el daño a aquel antecedente, que según el curso normal de los acontecimientos, ha sido causa directa e inmediata.<sup>18</sup>

La teoría de la causalidad próxima o inmediata, desarrollada sobre todo en el derecho anglo-americano, reconoce relevancia a los efectos de atribuir o rechazar la responsabilidad sólo a la causa más próxima en el tiempo, esto es, la inmediatamente anterior a la producción del resultado dañoso. Este criterio se justifica por la dificultad de investigar la causa de la causa y la influencia de unas sobre las otras.<sup>19</sup> Pero no siempre la condición última es la verdadera causa del resultado.

Otras teorías de menor entidad también pretenden explicar en cada caso, cuál de los hechos antecedentes es la causa de un cierto resultado. La teoría de la condición preponderante explica que la causa resulta ser aquella condición que rompe el equilibrio entre factores a favor y contrarios a la producción del daño de influencia decisiva en el resultado; la teoría de la causa eficiente parte de la base de que no todas las condiciones tienen la misma eficiencia —unas más que otras— en el resultado pues no son equivalentes; y la teoría del seguimiento continuo del efecto dañoso, por la cual el daño cuyo resarcimiento se solicita es el resultado final de hechos que le anteceden no en forma concurrente sino sucesiva, en cascada, y resulta necesario determinar la causa eficiente del perjuicio ocasionado investigando cada uno de los eslabones de esa cadena hasta llegar al punto en que uno de ellos pueda ser considerado la causa idónea del resultado dañoso.<sup>20</sup>

---

<sup>18</sup> Ángel Yagüez, Ricardo de. *Lecciones sobre responsabilidad civil*. Reimpresión. Universidad de Deusto. Bilbao. España. 1978. p. 32.

<sup>19</sup> *Ibid.* p. 33.

<sup>20</sup> Bustamante Alsina, Jorge. *Ob.cit.* pp. 263-265.

Pero no es fácil encerrar en fórmulas genéricas las respuestas al problema de la causalidad. La determinación del nexo causal ha de inspirarse en la valoración de las condiciones y circunstancias que el buen sentido señale en cada caso con abstracción de todo exclusivismo doctrinal.

#### **B.- Tipos de responsabilidad civil.**

El no causar daño a los demás es, quizá, la más importante regla de la convivencia humana. Existen dos grandes grupos de actos dañosos: por un lado los que consisten en incumplir un pacto, por otro los que se producen en el desarrollo de cualquier actividad humana pero al margen de toda relación jurídica previa entre quien produce un daño y su víctima.

A los efectos de este estudio sólo interesa la clasificación de la responsabilidad civil en *contractual* o *extracontractual*. La primera consiste en la infracción de una obligación resultante de un contrato o cualquier otra relación obligatoria. El hecho dañoso viene producido precisamente como resultado del incumplimiento dentro de la rigurosa órbita de lo pactado o convenido y viene a menoscabar el patrimonio de un acreedor que ya se encontraba determinado de antemano. El principio general de *neminem laedere*<sup>21</sup> se traduce en un no dañar a este concreto acreedor. La negligencia extraña a lo que constituye propiamente materia del contrato desplegará sus efectos propios en la responsabilidad aquiliana. El deber de indemnizar deriva de otro deber, el de cumplir, que ha sido infringido.<sup>22</sup>

La segunda —conocida también como responsabilidad aquiliana en recuerdo a la *Lex Aquilia de damno* que en el año 408 sancionó en Roma este tipo de responsabilidad, o simplemente responsabilidad civil— deriva del daño producido a otra persona sin que exista una previa relación jurídica. Implica una transgresión de una norma de derecho objetivo que

<sup>21</sup> *Abstenerse de ofender o dañar a los demás.*

<sup>22</sup> Díez-Picazo, Luis y Antonio Gullón. Ob.cit. p. 820.

imperera entre las partes sin necesidad de su aceptación, y se trata, en último caso, de la infracción del principio o deber general de no causar daño a otro (*neminem laedere*). La obligación de resarcir surge entre personas que no se encontraban vinculados por una relación precedente, surge por la sola producción del hecho dañoso porque una persona ha infringido las normas generales de respeto a los demás impuestas por la convivencia; las partes se «conocen» a través del hecho dañoso.<sup>23</sup>

Es este supuesto en el que se enmarca la responsabilidad civil por los daños morales, aunque la distinción llega a desvanecerse en materia de derechos de la personalidad.

Últimamente se han manifestado opiniones contrarias a esta distinción que pretenden dar un tratamiento unitario a toda la responsabilidad, alegando que “la dualidad de regímenes de responsabilidad (al menos en su expresión más rigurosa) constituye una de las manifestaciones más patentes de sometimiento de la justicia material al conceptualismo; en otras palabras, del sacrificio de las soluciones razonables en el altar de la dogmática.”<sup>24</sup>

Pero no es una discrepancia doctrinal ya definitivamente superada ni mucho menos. Además de la distinción que hace la doctrina clásica,<sup>25</sup> muchos de los más modernos y autorizados tratadistas y estudiosos del Derecho, particularmente en materia de responsabilidad civil, continúan aceptando esta diferenciación aunque sea en el plano teórico y en muchos casos en el plano práctico, por los diversos efectos que entraña una y otra manifestación de la responsabilidad.<sup>26</sup>

En concordancia con lo expuesto, se puede afirmar, como lo hace Llambías que “...la culpa es una noción unívoca que el derecho trata diversamente a través de dos

<sup>23</sup> *Ibidem*.

<sup>24</sup> Ángel Yáguez, Ricardo de. *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*. Cuadernos Civitas. Editorial Civitas, S.A. Madrid. España. 1995. p. 26.

<sup>25</sup> Aubry y Rau en su *Curso de derecho civil francés*, tomo IV, p. 343 y Chironi. *La culpa en el Derecho civil moderno*. Tomo II. Madrid. España. 1904.

<sup>26</sup> Cfr. Bustamante Alsina, Jorge. *Ob.cit.* pp. 81 y ss; Santos Briz, Jaime. *Derecho de ... Ob.cit.* pp. 13-21; Díez-Picazo, Luis y Antonio Gullón. *Ob.cit.* pp. 820 y ss; Puig Brutau, José. *Fundamentos de Derecho civil*. Tomo II. Bosch Casa Editorial, S.A. Barcelona. España. 1983.

diferentes regímenes de responsabilidad, según que esa culpa sea considerada en la inexecución de los contratos o en la comisión de hechos ilícitos. Hay una sola culpa y un doble régimen de responsabilidad culposa.”<sup>27</sup>

Son muchas las razones que llevan a la otra gran parte de la doctrina más moderna a sugerir el acercamiento entre estas dos esferas de la responsabilidad civil, y como *desiderátum*, la unificación de los regímenes de resarcimiento. Yzquierdo Tolosa<sup>28</sup> las resume en las causas siguientes:

“A) Unas son de *orden sustantivo*, y hasta diría que de pura justicia material: la existencia de dos regímenes sustancialmente distintos estaría justificada en el seno de una economía poco desarrollada, pero no en un estado de las relaciones sociales como el actual, en el que la constante exposición a los riesgos de la vida diaria reclama una cada vez más rigurosa defensa de la persona: indemnizar al acreedor o víctima...significa tanto como dejarla *indemne*, colocarla en la misma situación en que se encontraba antes de la causación del daño...

B) Otras razones son de *orden sistemático*: por inspiración del Código civil francés, es muy habitual encontrar la materia de la responsabilidad contractual contenida en la parte que los tratados dedican a los *efectos* de las obligaciones, mientras que la extracontractual suele venir desarrollada en sede de *fuentes* de las obligaciones...en esta materia se ha caído en la más absoluta oscuridad...En una palabra, el «lenguaje» propio de la «responsabilidad» contractual no viene siendo, a diferencia de lo que sucede con la aquiliana, un lenguaje de *responsabilidad*, sino de *incumplimiento*.

Se trata de elementos comunes a ambas modalidades de responsabilidad y como tales, de elementos que deberían ser estudiados en sede de teoría general de la obligación: la

---

<sup>27</sup> Llamblas, Jorge J. *Tratado de Derecho civil. Obligaciones*. Tomo I. Tercera edición. Buenos Aires. República Argentina. 1987. p. 177.

*acción u omisión* de que se habla en la responsabilidad aquiliana es justo el *incumplimiento del contrato* en la contractual...

C) No faltan las razones de simple *orden práctico*: ...no son pocos los supuestos en los que puede discutirse ante qué tipo de responsabilidad nos encontramos. Y si de dar una respuesta u otra va a depender la aplicación por parte de los tribunales...de soluciones absolutamente distintas, salta a la vista la importancia práctica del problema."<sup>28</sup>

Los hermanos Mazeaud consideran que quienes "han separados la responsabilidad contractual de la responsabilidad delictual han desconocido así la unidad de la responsabilidad civil..."<sup>29</sup> Impera hoy la teoría de la unicidad del fenómeno resarcitorio que conduce a través del elemento del daño a la concepción unitaria de la responsabilidad civil.

En esta corriente destacan Adriano de Cupis, quien expresa que "si la disciplina de la responsabilidad extracontractual se diferencia parcialmente de la responsabilidad contractual, no deben olvidarse por ello las normas comunes"<sup>30</sup> —reconociendo, aunque de manera indirecta, la existencia de diferencias entre un tipo de responsabilidad y otro—; Santos Briz,<sup>31</sup> Mosset Iturraspe<sup>32</sup> y Bustamante Alsina.<sup>33</sup> Pero es harto curioso que a pesar de ello, todos estos autores continúan desglosando en su obra para su estudio, la responsabilidad contractual de la extracontractual, e incluso dividen en sectores de aplicación de los factores subjetivos, a efecto de su distinta consecuencia y tratamiento, según se trate de un tipo u otro de responsabilidad.<sup>34</sup>

<sup>28</sup> Yzquierdo Tolsada, Mariano. *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*. Volumen I. Editorial Reus, S.A. Madrid. España. 1993. pp. 87-89.

<sup>29</sup> Mazeaud, Henri, León y Jean. *Lecciones de Derecho civil*. Tomo II. París. Francia. 1956. p. 299.

<sup>30</sup> Cupis, Adriano de. *El daño ...* Ob.cit. p. 44.

<sup>31</sup> Santos Briz, Jaime. *Derecho...* Ob.cit.

<sup>32</sup> Mosset Iturraspe, Jorge. *Responsabilidad por daños*. Tomo I. Editorial EDIAR. Buenos Aires. República Argentina. 1981. p. 329.

<sup>33</sup> Bustamante Alsina, Jorge. Ob.cit. p. 95.

<sup>34</sup> Cfr. Bustamante Alsina, Jorge. Ob.cit. pp. 345-462.

Lo cierto es que la ley hasta hoy atribuye un trato diferente al hecho de incumplir un pacto y al de ocasionar un daño al margen de una relación jurídica previa. Una de las consecuencias prácticas de esta distinción es generalmente la que se refiere al plazo de prescripción de las acciones que dimanen de una u otra forma de responsabilidad. Otros de los aspectos sustantivos y materiales en que se manifiesta la dualidad en los tipos de responsabilidad, es en lo que se refiere a la culpa, por la diferente característica del sistema de responsabilidad según el nivel de gravedad de la culpa, la prueba de la misma, en los distintos alcances del deber de reparar, o en los casos de concurrencia de varios agentes. Y en el plano procesal se proyecta la diferencia en la formulación de la *causa petendi*, en lo relativo a las competencias judiciales, y a la prueba de la culpa.

Otras razones aconsejan se mantenga la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual: la primera es la excepción y la segunda la regla de derecho común. Lo que ubica la responsabilidad en uno u otro ámbito no es la fuente de la obligación, sino su carácter. Si el deber preexistente es específico y determinado en relación al objeto de la obligación y al sujeto obligado, cualquiera sea la fuente, la responsabilidad será contractual. Si el deber es genérico de no dañar e indeterminado en cuanto a los sujetos pasivos de ese deber, la violación queda en el ámbito extracontractual que es regla en materia de responsabilidad civil.<sup>35</sup>

Dentro de la responsabilidad extracontractual incluso se tipifican otras subdivisiones atendiendo a diversas circunstancias:

a) Responsabilidad subjetiva y objetiva, basada una exclusivamente en la culpa y la otra con independencia de toda culpa.

b) Responsabilidad directa o indirecta, según se imponga a la persona causante del daño derivada siempre de hechos propios, o se produzca la

---

<sup>35</sup> Bustamante Alsina, Jorge. *Responsabilidad civil y otros estudios. Doctrina y comentarios de jurisprudencia*. Tomo II. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. República Argentina. 1992. p. 175.

obligación del resarcimiento a una persona que no es agente productor del hecho u omisión dañoso, derivado siempre de hechos ajenos.

c) Responsabilidad principal y subsidiaria, atendiendo al modo en que se gradúan el derecho del perjudicado y las obligaciones de los responsables. Será principal cuando la obligación es exigible en primer término, y subsidiaria cuando el deber impuesto al responsable principal no existe, no se cumple o no se puede cumplir.<sup>36</sup>

## II.- El daño.

Se afirma que hoy día el elemento principal de la responsabilidad civil es el daño, tanto en el dominio de la responsabilidad subjetiva o por culpa como en el de la responsabilidad objetiva o por riesgo.

### A.- Concepto.

En cualquiera de los diccionarios consultados la acción de dañar significa causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia. Pero estas diversas connotaciones no son sinónimas en Derecho, y cada una adquiere su propia significación.

Entre las consecuencias que sufre el sujeto ante un quebranto a cualquiera de los derechos de la personalidad de que goza, indudablemente se encuentra el daño. Autores como Larenz dan un concepto puramente objetivo del daño, caracterizándolo como el "...menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio",<sup>37</sup> y otros, como Santos Briz, entienden que el concepto de daño debe incluir la nota de su

<sup>36</sup> Díez-Picazo, Luis y Antonio Gullón. Ob.cit. pp. 825 y 826.

<sup>37</sup> Larenz, Karl. *Derecho Civil*. Tomo III. Derecho de Obligaciones. Volumen I. Traducción y notas de Izquierdo y Macías Picavea. Madrid. España. 1978. p. 193.

antijuridicidad, definiéndolo como “todo menoscabo material o moral causado contraviniendo una norma jurídica, que sufre una persona y del cual haya de responder otra”.<sup>38</sup>

Para completar un concepto de daño es necesario incluir otras notas. El «interés» es una de ellas, y significa la diferencia de valor que el daño ha representado para el patrimonio del perjudicado. Se determina con una operación matemática que arroja la diferencia entre el estado en que queda el patrimonio de la víctima como resultado del hecho dañoso, y el estado que presumiblemente tendría de no haberse producido éste.

Es decir, el daño no sólo comprende la disminución de los bienes patrimoniales existentes (*damnum emergens*), sino también las ganancias que se dejan de obtener (*lucrum cessans*); elementos que hay que tomar necesariamente en cuenta si se quiere que el Derecho de daños cumpla su finalidad de reponer al perjudicado en la situación en la que se hallaría si el daño hubiere acaecido.

La otra nota de importancia es el «valor de afección», de consideración estrictamente subjetiva, y alude al que “un bien u objeto presenta para los sentimientos o ideas puramente individuales de una persona...no entraña contenido económico y no puede incluirse, por tanto, entre los daños patrimoniales...”<sup>39</sup>

Y por último, debe distinguirse el concepto de daños del de perjuicios, fórmula que se usa conjuntamente en la mayoría de las legislaciones, y entre las que existen diferencias puntuales que muchas veces se desconocen. Son términos aunque tratados como equivalentes, tienen una significación propia y un sentido diferente en cuanto realidades temporal y jurídicamente diferentes. El daño tiene una base firme, los perjuicios son las ganancias lícitas dejadas de percibir por sobrevenir el hecho dañoso, los gastos que ocasione la acción u omisión ilícita, y algunos menoscabos morales. Este segundo término participa de

<sup>38</sup> Santos Briz, Jaime. *Derecho de Daños*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. España. 1963. p. 106.

<sup>39</sup> Santos Briz, Jaime. *La responsabilidad civil ... Ob.cit.* p. 143.

todas las vaguedades e incertidumbres de los conceptos imaginarios, que reclaman para su apreciación de una prueba razonable acerca de lo que podría ser el monto verdadero de lo dejado de percibir, frente a lo que serían meros sueños de ganancias.<sup>40</sup>

### **B.- Tipos y clases de daño.**

Los daños pueden ser, en una primera delimitación, *contractuales* y *extracontractuales*. En el primero existe una relación jurídica anterior al daño entre el sujeto que lo causa y el que lo sufre; su objetivo sólo se modifica al quedar sustituido el cumplimiento por el resarcimiento respecto a la prestación que era objeto de la obligación. Es decir, se necesita la existencia de una obligación, un vínculo jurídico entre uno o más sujetos que tiene por objeto una prestación determinada.<sup>41</sup>

No es correcto aplicar el término «contractual» al daño que puede derivarse del incumplimiento de cualquier obligación, bien nazca del contrato o de otra fuente. Se trata de un daño antijurídico que afecta al interés prevalente del acreedor, que atañe a un derecho subjetivo relativo —derecho de crédito— y el hecho que lo produce o sea, el incumplimiento, viola la norma de la que extrae su fuerza jurídica el vínculo existente.

El segundo se produce con independencia del incumplimiento de una obligación específica. La antijuridicidad recae sobre una obligación de carácter genérico que pesa sobre la generalidad de las personas, marco en el cual se sitúa el daño moral. El daño se produce por un hecho humano distinto del incumplimiento de la obligación, que generalmente lesiona una norma diferente de aquella que sirve de fundamento a la fuerza jurídica vinculante, derivada de un derecho subjetivo absoluto.<sup>42</sup> Es, en resumen, cualquier daño que no deriva del incumplimiento de la obligación.

---

<sup>40</sup> Pascual Estevill, Luis. *Derecho de daños: principios generales, responsabilidad contractual, extracontractual y precontractual*. Segunda edición. Tomo I. José María Bosch Editor. Barcelona. España. 1995. p. 375.

<sup>41</sup> Puig Brutau, José. Ob.cit. p. 234.

<sup>42</sup> *Ibidem*.

No se presenta fácil en todas las ocasiones concretar la delimitación entre un tipo de daño y otro. Asimismo existe la posibilidad de que un mismo daño sea contractual y extracontractual, cuando el daño único recae sobre un único interés y es producido por un hecho único; el daño que el viajero sufre en su propia persona por razón del transporte se produce por un hecho que viola tanto la norma que constituye la base de la fuerza jurídica del vínculo obligatorio, como la norma de que descende el derecho *erga omnes* a la vida o la integridad física.

Existe también el denominado daño *in contrahendo*<sup>43</sup> o precontractual, originado en los pasos previos a la celebración de un contrato, o en ocasión de la formación del contrato en que debe prevalecer también la buena fe. El individuo que se propone contratar debe emplear respecto a los demás las mismas cautelas que observaría para sus propios actos. No son generalmente previstos en los Códigos civiles, con excepción del italiano, y la más moderna doctrina alemana.<sup>44</sup>

Los daños pueden ser asimismo, *patrimoniales y no patrimoniales*, clasificación ésta de las más importantes dentro del Derecho de daños. Se definirá en un sentido u otro según tenga por objeto, o un interés privado patrimonial, o un interés privado no patrimonial. El concepto de patrimonialidad se refiere a una necesidad económica, a cualquier bien exterior respecto al sujeto que sea capaz de clasificarse en el orden de la riqueza material, valorable en dinero, idóneo para satisfacer una necesidad económica. Pero también se emplea el término para designar el perjuicio que afecta al bienestar, y a todos los bienes inherentes a la persona. "El daño patrimonial es... no sólo el gasto de curación o la disminuida aptitud para el trabajo producida por una lesión, sino el defecto en sí mismo, no sólo la menor ganancia derivada del plagio de la obra literaria ajena, sino el descrédito de aquella, o la calumnia o la ofensa pública que pueda arrojar en el nombre de una persona...".<sup>45</sup>

<sup>43</sup> "El daño se produce como consecuencia de la acción de una de las partes mientras se *contraía* la relación contractual ("in contrahendo").

<sup>44</sup> Bustamante Alsina, Jorge. Ob.cit. pp. 99 y 100.

<sup>45</sup> Ruggiero, Roberto de. *Instituciones de Derecho civil*. Tomo II. Traducción de Serrano Suñer y Santa Cruz. Instituto Editorial Reus, S.A. Madrid. España. 1979. p.61.

Para De Cupis, por el contrario, no puede llamarse a cualquier bien de que el hombre puede gozar, bien patrimonial, sino tan sólo a aquel que reúne los caracteres de exterioridad, valorabilidad pecuniaria, y que responda a una necesidad económica. "Éste, en el terreno jurídico, es su verdadero significado y de él, no puede despojarse. No pueden, por tanto, hacerse entrar en el ámbito patrimonial bienes internos de la persona, que contrasten con la posibilidad de una apreciación dineraria, desprovistos de una directa utilidad económica."<sup>46</sup>

Los daños patrimoniales o materiales son aquellos que recaen sobre intereses patrimoniales del perjudicado susceptibles de valoración pecuniaria. Es el menoscabo patrimonial sufrido por la víctima y comprende tanto el desembolso efectivo como la ganancia frustrada o dejada de obtener.

Los no patrimoniales, o morales, son aquellos que afectan a elementos e intereses de difícil valoración pecuniaria, por lo que en principio no ofrecen la base más adecuada para su valoración en dinero. Son los infligidos a las creencias, los sentimientos, la dignidad, la estima social o la salud física o psíquica de una persona.

Ambos pueden conjuntamente producirse dependiendo de un hecho único. Las joyas o los ahorros acumulados son bienes que por su sustancia material, son aptos para satisfacer necesidades de índole económica y tienen una expresión numérica precisa; pero la persona puede eventualmente lograr mediante ellos otros bienes no patrimoniales tales como la tranquilidad de ánimo por la ausencia de preocupaciones económicas futuras, el sentido de dignidad personal y familiar, etcétera; y a la inversa, un hecho que lesione un interés relacionado con un bien no patrimonial, puede producir un daño *patrimonial* —que se le llama *indirecto*—.

Autores como Yzquierdo Tolsada y Álvarez Vigaray defienden la existencia del daño moral derivado de un contrato, rompiendo con la concepción clásica que le atribuía sólo el carácter extracontractual: el mandatario que incumple el encargo de renovar el

---

<sup>46</sup> Cupis, Adriano de. *El daño...* Ob.cit. p.122.

arrendamiento de un nicho y da lugar a que los restos de un difunto sean echados a la fosa común, el cirujano que ocasiona lesiones que podrían evitarse aplicando las técnicas adecuadas, son algunos de los ejemplos.<sup>47</sup>

Otras clasificaciones dividen el daño en *presente*, daño *futuro*, daño *continuado* y daño *sobrevenido*. Las dos primeras aluden al momento en que se dicta la resolución judicial que decide la efectiva concurrencia de los elementos de la responsabilidad y decide la procedencia del resarcimiento; los producidos hasta ese momento serán los daños presentes, los que acaezcan a partir de ese momento serán futuros, que puede referirse a las secuelas permanentes que padecerá la víctima y que exigirán un desembolso constante por parte del obligado. Los daños sobrevenidos o nuevos son aquellos que se manifiestan con posterioridad a la fecha de la resolución, en relación causal con el evento dañoso primitivo, y que no fue posible tener en cuenta en su momento.<sup>48</sup>

La distinción entre daños *inmediatos* y daños *mediatos* apunta a las consecuencias o efectos del acto dañoso, unos son consecuencia inmediata del actuar del agente y otros se manifiestan de manera mediata, pero se trata más bien de un problema de relación causal.<sup>49</sup> El daño *intrínseco* alude a la prestación que era objeto de la obligación ahora incumplida, es decir, los daños derivan del incumplimiento de la obligación en relación con la cosa que es objeto de la misma; y el daño *extrínseco*, a las consecuencias que la inexecución de la obligación produce en otros bienes del acreedor.<sup>50</sup>

Por daño *común* se entiende el que experimenta cualquier persona con motivo del incumplimiento de la obligación contractual o del acto dañoso extracontractual. El daño *propio* es el que sufre una persona determinada por circunstancias que le son particulares.<sup>51</sup>

---

<sup>47</sup> Yzquierdo Tolsada, Mariano. Ob.cit. pp. 228-230.

<sup>48</sup> Bustamante Alsina, Jorge. Ob.cit. p. 175.

<sup>49</sup> Ibid. p. 174.

<sup>50</sup> Ibid. p. 173.

<sup>51</sup> Ibidem.

### III.- El daño moral.

#### A.- Breve reseña histórica.

El daño moral ha sufrido un curioso proceso de aceptación. Antes fue sistemáticamente rechazado por entender que los bienes morales no admiten una valoración pecuniaria. Una vieja sentencia española argumentó ante la petición de indemnización por daños morales sufridos que "hay muchas obligaciones que son demasiado delicadas y sutiles para ser puestas en vigor mediante el rudo método de indemnizarlos en caso de violación".

En fecha anterior al presente siglo no existía una doctrina general sobre el daño moral que es fruto exclusivo del pensamiento jurídico más contemporáneo; sin embargo no era una noción totalmente desconocida e ignorada por sistemas jurídicos y legislaciones anteriores.

De la aceptación de indemnizaciones por daños morales se encuentran ya algunas referencias desde el Derecho romano, pero de naturaleza y tratamiento ajenos al Derecho civil; en el sistema jurídico de esta etapa esplendorosa para el Derecho, se preveían las indemnizaciones en supuestos que iban más allá de los estrechos marcos estrictamente pecuniarios.

El término *iniuria* (injuria o injusticia) comprendía todo tipo de comportamiento injusto, pero referido fundamentalmente a las lesiones a la integridad personal, tanto física como moral, de las personas libres; la *actio iniuriarum*<sup>52</sup> significaba una amplísima protección a determinados bienes de naturaleza no patrimonial. Así vemos que, en la Ley Aquilia se exigía, para ciertos casos, la satisfacción al perjudicado con el doble del daño que

---

<sup>52</sup>Esta acción tenía por objeto la protección de la personalidad contra todo ataque antijurídico intencionado, y giraba alrededor del pago de una cantidad en dinero por la lesión que el demandante debía detallar, y deducir según su criterio. El juez, atendiendo a ello, a su convicción y las circunstancias del caso, podía juzgar y decidir sobre la pretensión deducida, incluso variando las cantidades que reclamaba el afectado. Pero era una acción de naturaleza penal.

se le había inferido y que señalaba él mismo. La estimación de la pena en estos casos no se refería a un daño material, pues se consideraba la integridad corporal de una persona libre como un valor inestimable, sino a la ofensa producida por la injuria, aumentando la cuantía en proporción a la dignidad de la víctima, la gravedad del hecho y otros elementos.<sup>53</sup>

En Las Partidas, el tratamiento de la indemnización por daños no patrimoniales fue enormemente casuística, pero, inspiradas en el Derecho Romano, su influencia en materia de responsabilidad extracontractual fue decisiva y enriquecedora, admitiendo tanto el daño patrimonial como el no patrimonial. Así, la Partida VII, título XV, libro I define al daño como el empeoramiento, menoscabo o destrucción que uno recibe en sí mismo o en sus cosas por culpa de otro. Y ofrece una tutela de los llamados bienes personales —aunque limitados a su aspecto corporal— que se traducen en la concesión de indemnizaciones propiamente pecuniarias.<sup>54</sup>

En los casos de deshonra, Las Partidas establecen dos tipos de procedimientos o acciones posibles de deducir: en la primera, al igual que su precedente romano, el ofensor debía satisfacer una cantidad de dinero al ofendido, establecida en principio por éste, pero decidida en última instancia por el juez; y en la segunda podía solicitar del juez el escarmiento de su ofensor, consistente o en una pena pecuniaria o de otra naturaleza distinta, que pasaba a engrosar los fondos del Rey en caso que se inclinara por una sanción dineraria.

Pero la reparación civil del daño moral como tal encuentra su precedente más remoto en la Ley Carolina promulgada en 1532 para Alemania por el emperador Carlos V, en que se disponía que el Estado indemnizara por los sufrimientos padecidos a la persona que en virtud de sentencia errónea e injusta, hubiera sido condenada indebidamente por un delito no

---

<sup>53</sup> *Digesto*, libro IX, título II; *Instituta*, libro IV, título III. *Cuerpo del Derecho civil romano*. A doble texto, traducido al castellano del latino. Publicado por los hermanos Kriegel y Hermann Osenbrüggen. Notas de referencia de D. Ildefonso L. García del Corral. Tomos I, II y III. Barcelona. 1897.

<sup>54</sup> Para mayores detalles de lo que pudieran constituir los antecedentes del daño moral, Cfr. García López, Rafael. *Responsabilidad civil por daño moral. Doctrina y jurisprudencia*. José María Bosch Editor, S.A. Barcelona. España. 1990.

cometido por ella, siendo el primer y único Código penal del Reich que rigió hasta 1870; es la legislación alemana en donde verdaderamente se ha formado la doctrina de la reparación del daño moral en su aspecto civil en sus inicios, recibiendo con posterioridad el tratamiento jurisprudencial en otras legislaciones que no lo tenían previsto expresamente.

De todos es conocido el extraordinario valor que como fuentes mediatas de la Historia del Derecho, tienen las obras literarias. La existencia de indemnización por este tipo de daño se puede vislumbrar en el teatro shakesperiano, particularmente en la pieza *El mercader de Venecia*, una de sus mejores obras. Entre las cuestiones jurídicas que se manejan en la trama está presente el daño moral. Al confiscarse todos los bienes del prestamista Shylock, y disponer que la mitad pasara a manos del mercader Antonio, persona contra la cual ha atentado al imponerle tan onerosa carga en caso de incumplimiento del préstamo efectuado, y si en el fondo esa pena venía a ser una indemnización a su favor, ¿qué clase de daño era el experimentado por el mercader? Pues no era otro que el peligro en que la tentativa de asesinato había puesto sobre uno de los derechos jurídicos fundamentales de Antonio: el derecho a la vida, y los sentimientos anímicos de temor, zozobra e intenso sufrimiento por él experimentados como consecuencia de la grave amenaza que para su vida supuso la pretensión de Shylock, daño que evidentemente no es de naturaleza patrimonial, sino moral.

En el Código civil español de 1889, se incluye un precepto de carácter general —el artículo 1902— que trata de englobar en una fórmula, la extensa casuística en que podía presentarse la necesidad de indemnización del daño, de cuya falta pecaron sus antecesoras fuentes de inspiración. En aplicación del principio general del Derecho *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*,<sup>55</sup> el legislador no quiso efectuar ninguna distinción y debe estimarse que se reúne en el término de daño ambas especies, patrimonial y no patrimonial, por la imposibilidad de las leyes de encerrar todos los supuestos, debiéndose atender a las circunstancias particulares del hecho y de las personas.<sup>56</sup>

---

<sup>55</sup> “Donde la ley no distingue no cabe distinguir”.

<sup>56</sup> Santos Briz, Jaime. *Derecho de ...* Ob.cit. p. 146.

A lo largo del siglo XX, la evolución de la jurisprudencia civil en esta materia ha experimentado un ascenso en el reconocimiento de los derechos que componen el patrimonio moral, y de su correspondiente indemnización, no siempre pecuniaria sino moral, en casos de quebranto. El punto de partida en el Derecho español, lo marcó la ya referida sentencia del Tribunal Supremo de 6 de diciembre de 1912,<sup>57</sup> en que quedó sentada la necesidad de su regulación, las funciones de la indemnización, entre otros muchos supuestos.

Otras legislaciones, como la alemana prefirieron asumir una posición tímida en cuanto a admitir la indemnización del daño moral sólo en los supuestos expresamente previstos en la ley.<sup>58</sup>

Pero ya hoy es universal e indiscutidamente aceptada la indemnizabilidad del daño moral cuyo significado jurídico y sociológico se inserta cada día más en el terreno de la protección de los derechos de la personalidad.

## **B.- Concepto.**

La doctrina científica asume la conceptualización del daño moral desde una óptica negativa, es decir, en contraposición al daño patrimonial, y desde una óptica positiva, tomando diversos criterios.

### **1.- Concepciones doctrinales de corte negativo.**

Algunas de estas ideas parten del objeto sobre el que recae el daño moral, y ante la imposibilidad de definirlo en un sentido positivo, optan por contraponerlo al contenido patrimonial del mismo. Así para Adriano de Cupis, daño no patrimonial es todo daño

---

<sup>57</sup> Vid. Supra Capítulo Segundo, I.A.2.

<sup>58</sup> Santos Briz, Jaime. Loc.cit. pp. 126-130.

privado que no puede incluirse dentro del daño patrimonial, por tener un objeto ajeno a él.<sup>59</sup> Ambos, admite, pueden derivarse de un mismo hecho, como ocurre, por ejemplo si se hiere a una persona, que puede sufrir pérdidas económicas debido a la inactividad en su esfera profesional.

En idéntico sentido se pronuncian otros tratadistas, que consideran que los daños morales son los que no entrañan por sí mismos una pérdida económica, o una disminución del patrimonio.<sup>60</sup> Con esta definición se asume un peligroso riesgo: si el daño moral es la lesión de bienes o intereses no patrimoniales, permanecerá ajeno a toda consideración de naturaleza patrimonial.<sup>61</sup>

Otra de las ideas negativas para la conceptualización del daño moral, arranca de la falta de incidencia que éste tiene sobre el patrimonio. De tal modo, el daño no patrimonial es aquel que de ninguna manera produce una disminución del patrimonio, que no tiene ninguna repercusión en el mismo, no lo lesiona ni aún afectando derechos morales, no recae sobre bienes que se entienden forman parte de la riqueza material tradicionalmente valorable en dinero.

Uno de los sustentantes de esta doctrina, De Ruggiero, expone: "Daño patrimonial es, por ejemplo, no sólo el gasto de curación o la disminución de la aptitud para el trabajo, consecuencia de una lesión, sino también la desfiguración en sí misma, no sólo la menor ganancia producida por la publicación clandestina de una obra literaria ajena, sino también la calumnia, la ofensa pública que recaiga en una persona."<sup>62</sup>

Entonces según esta concepción, el daño que recaiga originariamente sobre un bien de naturaleza moral, que produzca consecuencias que trasciendan al ámbito patrimonial, no

---

<sup>59</sup> Cupis, Adriano de. *El daño...* Ob.cit. pp. 122 y ss.

<sup>60</sup> Cfr. Stark, J. *Derecho civil. Obligaciones*. París. Francia. 1972.

<sup>61</sup> Ripert, Georges. *Tratado de Derecho civil*. Tomo II. Librería General de Derecho y de Jurisprudencia. Madrid. España. 1956.

<sup>62</sup> Ruggiero, Roberto de. Ob.cit. p. 64.

constituye daño moral, sino patrimonial, lo que es lo mismo, toda acción que se traduzca o tenga su proyección en el patrimonio, es daño patrimonial.

Finalmente, una tercera corriente pretende definir los daños morales tomando como base la función resarcitoria que desempeña el dinero, y habrá en consecuencia perjuicio extrapatrimonial, siempre que con el pago de una suma de dinero no se alcance la reparación adecuada del daño. Pero una cosa es que los bienes que conforman el daño moral no tengan intrínsecamente un valor pecuniario, y otra es que en caso de lesión de los mismos, el dinero pueda servir como medida indemnizatoria. Ya está aceptado el papel que el dinero desempeña en la reparación del daño moral, sobre todo como medida compensatoria.

## **2- Concepciones doctrinales de corte positivo.**

Este conjunto de ideas sobre el concepto del daño moral, descansan en dos vertientes fundamentales: una se basa en criterios clasificatorios para definirlo, y la otra en la naturaleza de los efectos o consecuencias de la acción atentatoria.

### **2.1.- Criterios clasificatorios.**

*a.- Clasificación de los daños.* La primera clasificación que se asumió de los daños fue regida por la materialidad o inmaterialidad de los mismos, según puedan ser o no captado por las facultades sensitivas del hombre.

Posteriormente se han incluido ciertos matices que aluden a la materialidad del daño por la repercusión producida en el patrimonio: no puede recibir el mismo tratamiento la amputación derivada de una lesión del brazo de un pintor, o en las manos de un pianista, que inciden directamente en la imposibilidad de ganarse la vida por la relación que guarda la lesión con las respectivas profesiones. El daño material propiamente dicho no será el corporal, sino el patrimonial que de él se deriva.

Pero ya en la actualidad la distinción entre daño moral y material descansa no sobre la base de que el primero sea inmaterial o incorpóreo, y el segundo perceptible por los sentidos, sino sobre la idea de su extrapatrimonialidad o patrimonialidad.

Otra corriente asume la triple clasificación del daño; además de los criterios anteriores, se suma la categoría propia del daño corporal de manera independiente e intermedia entre aquellas. Carbonnier entiende por daño material aquel que se produce por la lesión a los bienes que integran el patrimonio; por daño moral aquel que no significa atentado alguno contra el patrimonio, y que recae sobre los derechos que se han clasificado como extrapatrimoniales, inherentes a la persona —los derechos de la personalidad— o por la lesión a un derecho de familia, o cualquier atentado al interés moral de los sentimientos; y el daño corporal es aquel que se inflige contra los bienes físicos de la personalidad.<sup>63</sup>

No tiene sentido este desglose dentro de los derechos de la personalidad, de aquellos que atañen a la naturaleza física de la persona, para darle un tratamiento autónomo como categoría dañosa.

En tercer lugar se distingue entre el daño patrimonial y no patrimonial; dentro de la segunda denominación, se distingue entre el daño moral y el personal, entendiendo al primero como aquel que se deriva de la lesión de los sentimientos y afecciones de la víctima, sus padecimientos psíquicos, injustamente causados. En esta concepción se excluyen las repercusiones psíquicas derivadas de la lesión de bienes patrimoniales. En la mayoría de los supuestos, el daño moral corresponde a la secuela producida por la lesión de otros bienes, pero puede también presentarse sin necesidad de que se hayan producido otros perjuicios, como ocurre, por ejemplo, en la difusión intencionada de una noticia falsa que afecta los sentimientos.<sup>64</sup>

---

<sup>63</sup> Carbonnier, Jean. *Derecho civil*. Traducción de la décima edición francesa. Prólogo de Antonio Hernández Gil. Tomo II. Bosch, Casa, Editorial. Barcelona. España. 1963. pp. 373 y ss.

<sup>64</sup> Bustamante Alsina, Jorge. *Ob.cit.* pp. 235 y 236.

Bustamante Alsina ofrece una distinción atendiendo al daño que merece ser reproducida por su meridiana claridad: "...si el daño recae sobre un bien jurídico material destruyendo o deteriorando la cosa que es objeto de un derecho patrimonial y ...altera la integridad del patrimonio disminuyéndolo, estamos en presencia de un daño patrimonial directo. Si el mismo daño repercute en los sentimientos...el daño es moral indirecto. Si el daño recae sobre un bien jurídico inmaterial atacando la vida, el cuerpo, la salud, el honor o la libertad de una persona...el daño es moral directo. Si el mismo daño repercute en el patrimonio por la pérdida de un beneficio económico...el daño es patrimonial indirecto."<sup>65</sup>

**b.- Clasificación de los derechos.** Partiendo del principio de que el daño es el resultado que se deriva de la lesión de un derecho, y clasificando los derechos en patrimoniales y extrapatrimoniales —según tiendan a satisfacer necesidades pecuniarias o apreciables en dinero, o derivadas de la personalidad, o los derechos de familia—, se concibe el daño moral como parte de éstos últimos, ajeno a toda referencia de carácter económico o patrimonial.

Pero tomar esto en consideración al desnudo, tal cual se expone, conduce a desechar la idea de que la lesión a un derecho no patrimonial puede traer como consecuencia daños que exceden la propia naturaleza del derecho lesionado, es decir, que pueden provocar daños patrimoniales, como ocurre cuando se lesiona a una persona y se le imposibilita de recibir la contraprestación económica que le corresponde por el desempeño de su actividad profesional, o cuando ésta queda sin empleo por alguna difamación o atentado en su honor. Y viceversa, la producción de un daño patrimonial puede desencadenar la producción de daños morales.

## **2.2- Naturaleza de los efectos o consecuencias de la acción antijurídica.**

De la crítica que se hace a la concepción del daño moral basado en la naturaleza extrapatrimonial del derecho lesionado, nace la posición doctrinal que lo concibe en función

---

<sup>65</sup> *Ibidem.*

de la naturaleza de los daños que son la consecuencia de la acción antijurídica, es decir, en que la naturaleza del perjuicio final sea extrapatrimonial.

Pero asumir esta concepción haría virtualmente imposible llegar a aislar el daño moral en su justo sentido, pues de una forma u otra, en mayor o menor medida, toda lesión que sufre una persona, en sentido físico o puramente moral, tendrá siempre una repercusión en su patrimonio. Ciertamente, para determinar si hay daño moral hay que atender a la naturaleza del perjuicio, pero también a la del bien que es lesionado, ya que el primero se forma del quebranto de bienes o derechos, sean morales o patrimoniales, y la naturaleza de esas lesiones pueden provenir directa o indirectamente del atentado a esos bienes.

“Precisamente, el *quid pro quo* de esta concepción doctrinal estriba en no ver que a pesar de que la lesión de un derecho origine el menoscabo de otros de distinta naturaleza, aquél sigue permaneciendo dentro del concepto de daño; el error se mantiene al tomar a éste como el resultado de una única naturaleza, cuando, en realidad, comprende el conjunto de específicos resultados dañosos, que en el supuesto de que sean todos de naturaleza patrimonial o moral, el daño (genérico) será patrimonial o moral; pero si son de distinta naturaleza, el daño se delimita por la misma naturaleza específica de sus elementos integrantes.”<sup>66</sup>

### **3.- Concepto final.**

La conciliación entre ambas posiciones positivas brinda un acabado concepto del daño moral. El hombre es un ser armónico e interdependiente entre las esferas físicas y psíquicas. Toda lesión física tiene manifestaciones psíquicas; la más expresiva es el dolor. La denominación moral del daño que nos ocupa no debe conducir a equívocos. Se trata de un daño jurídico que afecta a bienes y derechos que pertenecen al campo del Derecho y no de la Moral ni la Ética.

---

<sup>66</sup> García López, Rafael. Ob.cit. p. 73.

El hombre, a diferencia del resto de los seres vivos, tiene capacidad para sentir el dolor en presente —manifestación puntual de la lesión—, en pasado —recuerdo del dolor superado—, y en futuro —miedo a que se repita la situación dolorosa—, todo ello como consecuencia de la capacidad humana para memorizar los actos y situaciones.

La esfera jurídica sobre la cual ejerce su señorío el sujeto son, los derechos personales, los bienes patrimoniales y otros bienes de índole familiar y social. En el conjunto de todos se dibujan dos esferas fácilmente identificables: por un lado, la formada por las relaciones de valor económico (lo que tradicionalmente se entiende por patrimonio), y por otro, los bienes o derechos que configuran el ámbito personal del sujeto (derechos de la personalidad, o derechos de familia).

La diferencia entre estas fundamentales categorías de daño no se determina por la naturaleza de los bienes que se lesionan, sino por la esencia patrimonial o extrapatrimonial del interés afectado.<sup>67</sup>

El daño patrimonial se compondrá entonces del quebranto o menoscabo de los bienes o derechos patrimoniales que al mismo tiempo afectan un interés considerado como patrimonial, y el daño no patrimonial o moral, de la lesión de los bienes o derechos que pertenecen al ámbito personal del sujeto de derecho, y que repercute de alguna manera en sus intereses de índole afectivo y emocional. Ninguna duda debe aportar la carencia de valoración económica que, en sí mismos, padecen estos derechos de la personalidad, ni su carácter de inherencia a la persona. Para que un daño sea estimado con relevancia jurídica debe producir un perjuicio, una pérdida o menoscabo, debe incidir sobre algún bien jurídico de la persona, y ser susceptible de resarcimiento.

Los dos primeros supuestos están presentes en el daño moral, y el tercero asume la particular connotación compensatoria de la indemnización pecuniaria que junto a la resarcitoria, se establece cuando se produce el daño moral. Como señala Álvarez Vigaray,

---

<sup>67</sup> Bustamante Alsina, Jorge. Ob.cit. p. 235.

“...la nota fundamental que caracteriza a estos daños y permite incluirlos bajo un solo concepto, es su naturaleza no patrimonial, que lleva consigo como consecuencia el que no pueden evaluarse en dinero, por lo que, al no ser posible determinar la cuantía de la indemnización en virtud de una prueba que demuestre la magnitud exacta del daño, ha de ser fijado equitativamente por el juez.”<sup>68</sup> Y concluye que debe entenderse como daño moral “...todo perjuicio no pecuniario producido por la lesión de un bien de la persona (salud, libertad, honestidad, honor, etc.) o de sus sentimientos y afectos más importantes y elevados.”<sup>69</sup>

El planteamiento de la doble manifestación material y moral del daño no es ociosa. En el caso de transgresión de alguno de los derechos de la personalidad, la existencia del daño material —con repercusión en el patrimonio— actúa como presunción *iuris tantum*, que puede ser destruida mediante prueba en contrario.

Habrà siempre un daño moral independiente de los daños materiales que se produzcan, operando la presunción *iuris et de iure*, ya que si es difícil acreditar la existencia de los daños de este tipo una vez demostrada la intromisión ilegítima, casi imposible resulta probar que no se ha causado. Es decir, la indemnización por daño moral se presupone siempre que se acredite la intromisión ilegítima, presunción que se establece *ex legge*. El daño moral no excluye que el hecho productor del daño afecte también de manera indirecta a intereses de carácter netamente patrimonial o material.

Es el daño moral el que no afecta necesariamente al patrimonio, y que no queda completamente resarcido con la entrega de una determinada cantidad de dinero. Su contenido abarca muchas situaciones; todo atentado a la personalidad física o moral del sujeto, o ambas, la integridad de sus capacidades físicas, sus sentimientos; y no es propiamente el dinero lo que le da cuerpo, sino el dolor, la afrenta, la emoción, la aflicción, que no pueden a veces más que compensarse con dinero.

<sup>68</sup> Álvarez Vigaray, Rafael. *La responsabilidad civil por daño moral*. Anuario de Derecho civil. Madrid, España. 1966. p. 85.

<sup>69</sup> *Ibidem*.

El dinero en estos casos no puede cumplir su función reparadora en términos exactos de equivalencia con el daño causado, pero gracias a él, la víctima de un perjuicio moral, según sus gustos e intereses, podrá procurarse algún beneficio que de alguna manera compensará las desagradables situaciones que se hayan desencadenado. Es el «*schmerzensgeld*», «*pecunia doloris*» o dinero del dolor, que como dice Mosset Iturraspe, "...no hace la felicidad, pero ayuda".<sup>70</sup> La indemnización pecuniaria del sufrimiento es la figura más depurada del daño moral.

Por todo lo anterior, puede definirse el daño moral como lo hace García López, que lo considera como "...el resultado perjudicial que tiene por objeto la lesión o menoscabo de algunos de los bienes o derechos correspondientes al ámbito estrictamente personal de la esfera jurídica del sujeto de derecho, que se resarcen por vía satisfactoria bajo el criterio equitativo del juez",<sup>71</sup> lesión que atañe a "los sentimientos que determina dolor o sufrimiento físicos, inquietud espiritual, o agravio a las afecciones legítimas y en general toda clase de padecimientos insusceptibles de apreciación pecuniaria."<sup>72</sup>

Se integra por todas aquellas manifestaciones psicológicas que padece o sufre el perjudicado por el acaecimiento de una conducta ilícita, y que por su naturaleza u ontología, no son fácilmente traducibles en la esfera pecuniaria. En un sentido negativo se completaría la definición con toda aquella detracción que sufre el perjudicado no referido a los daños materiales o perjuicios, y que supone una intromisión perturbadora de su personalidad. Incluye toda la gama de sufrimientos y dolores físicos o psíquicos que haya padecido la víctima a consecuencia del hecho ilícito, o cualquier frustración, quebranto o ruptura en los sentimientos, lazos o afectos que por naturaleza o sangre se dan entre personas, y en el propio damnificado. El dolor moral suele ser menos puntual, menos expresivo, menos

<sup>70</sup> Mosset Iturraspe, Jorge. *Responsabilidad por daños. El daño moral*. Tomo IV. Ediar. Buenos Aires. República Argentina. 1986. p. 14.

<sup>71</sup> García López, Rafael. *Ob.cit.* p. 80.

<sup>72</sup> Bustamante Alsina, Jorge. *Ob.cit.* p. 234.

externo y más emocional, y suele manifestarse en forma de tristeza, depresión, desesperación, abolición o disminución de instintos vitales.

En los países cuyas legislaciones carecen de un concepto preciso del daño moral, es la jurisprudencia y la labor hermenéutica de los jueces, la encargada de elaborarlo pero atendiendo a cada caso concreto, y esto produce confusiones sobre el tema, pues habrá tantas interpretaciones del concepto como casos se presenten si no se tiene la clara noción de los elementos que lo componen, expuestos de manera sucinta en este apartado.

Una definición acabada del daño moral no podría desconocer una referencia al concepto que históricamente ha tenido la reparación de bienes como el honor. La existencia de este tipo de daños ha sido tácitamente aceptada desde siempre, así como la necesidad de su reparación, pero la forma en que se ha hecho ha revestido características históricas que ven desde la venganza personal, los lances de honor,<sup>73</sup> las rectificaciones públicas, las citas de desagravio, el matrimonio, hasta una sentencia judicial de reconocimiento de la lesión sufrida. El elemento público y solemne del desagravio es el que da más sentido a la compensación económica.

Cabe finalmente preguntarse si es admisible la figura del daño moral cuando la víctima es una persona jurídica colectiva, lo cual no significaría más que cuestionar la posibilidad de que ostente derechos o sea portadora de bienes distintos de los puramente materiales. La doctrina en este sentido se halla dividida. "...a diferencia de las personas

---

<sup>73</sup> En Cuba, por ejemplo, entre los años de 1843 y 1893 se celebraron 202 duelos: 103 con sable, 30 con espada, 66 con pistola y 3 con revólver, que dejaron un saldo total de 152 heridos, 13 muertos y 53 lances sin consecuencias. Las razones que se refieren como causas de estos encuentros eran las ofensas de palabras o de obra inferida por uno de los duelistas o por insultos mutuos, las ofensas por escrito, varias de ellas en artículos periodísticos publicados y que denigraban el honor de uno de los contrincantes, y varios motivos reservados o privados que no se dieron a la publicidad. Los periódicos contaban con salas de armas para el entrenamiento de sus profesionales, que muy comúnmente se veían involucrados en estos lances. Esta información fue extraída de un pequeño y delicioso libro publicado por Agustín Cervantes, *Los duelos en Cuba*. Con prólogo del conde Kostia. A. Miranda y C<sup>o</sup>. Imprenta La Moderna. La Habana, Cuba, 1894. Su autor, que participó como testigo en muchos duelos de la época, refiere como particularidad de Cuba el hecho de que los sables eran amolados en su filo y contrafilo sobre una piedra a diferencia de lo que sucedía en el extranjero en donde sólo se usaba esta arma con el filo de fábrica, que debía resultar menos mortífera y de ahí los mayores resultados funestos, así como los combates cuerpo a cuerpo en los duelos de espada, que era utilizado en otros lugares, sobre todo en Europa, sólo de manera excepcional.

físicas, no cabe hablar en relación a las personas jurídicas del daño moral por atacar a bienes jurídicos extrapatrimoniales que suponen la subjetividad del individuo físico y existencial: así la vida, la integridad corporal, la libertad sexual o la honestidad... Pero las personas jurídicas dotadas de subjetividad jurídica, tienen también atributos, que si bien indirectamente le son atribuidos para la consecución de sus fines u objetivos, son reconocidos públicamente como un modo de ser sujeto a la valoración extrapatrimonial de la comunidad en que actúa... tal acaece con el prestigio, el buen nombre, la probidad comercial, etc..."<sup>74</sup>

Para Bustamante Alsina, "Las personas jurídicas no pueden en ningún caso sufrir un daño moral que es siempre un padecimiento o sea, una lesión a los sentimientos que ataca la incolumidad del espíritu produciendo un desequilibrio emocional."<sup>75</sup>

El problema es discutible en el plano teórico y las soluciones pudieran resultar más aparentes que reales, pues a menos que se presente un caso químicamente puro, puede confundirse el daño moral con el daño patrimonial indirecto. El daño que se produzca por injurias vertidas contra una sociedad mercantil que le afecta en su honor comercial, quizá no sea más que su crédito comercial dañado y ello es reflejo del perjuicio patrimonial consistente en la disminución de sus expectativas comerciales, pero de ninguna manera perturban el espíritu del que carecen. Las persona jurídicas tienen atributos, calidades que le son atribuidos por el Derecho para desenvolver su existencia como sujetos de derecho, pero estos atributos tendrán los límites propios de la personalidad moral.

#### **4.- Legislación comparada.**

En los artículos 1382 y 1384, ambos del Código civil francés y el 1902 del Código civil español, se prevé la indemnización por los daños morales, y no se imponen criterios rígidos y restrictivos a los jueces para valorar y determinar la reparación de los mismos. Rige un criterio de apertura en materia de resarcibilidad de daños morales, sin que hasta el

<sup>74</sup> Zannoni, Eduardo. *El daño en la responsabilidad civil*. Buenos Aires. República Argentina. 1987. p. 446.

<sup>75</sup> Bustamante Alsina, Jorge. *Responsabilidad civil y otros estudios...* Ob. cit. pp. 83 y 84.

momento se conozca que por sus respectivas jurisprudencias se haya excluido determinado derecho de la personalidad de aquel resarcimiento.<sup>76</sup>

En Alemania la indemnización de los daños morales se fundamenta en una enumeración de los bienes jurídicos protegidos contra este tipo de daños (quebranto en su cuerpo o salud, a quien le prive de su libertad, a quien atente contra la moralidad de la mujer), es decir, no pueden apreciarse conductas fuera de este catálogo para determinar el daño moral; y sólo puede resarcirse pecuniariamente.<sup>77</sup>

Italia sigue igualmente un criterio bastante restrictivo en cuanto a la indemnización de los daños morales a pesar de contar con la doctrina más avanzada en este sentido. Sólo será resarcido en los casos que la ley predetermine y de una manera pecuniaria. Para determinar la suma resarcitoria se establecen una serie de pautas a valorar, como la gravedad de la ofensa, el grado de sensibilidad del ofendido, la situación económica del obligado con la indemnización y del ofendido, las relaciones de parentesco, edad, y sexo del perjudicado, etcétera.<sup>78</sup>

En Suiza no se hace mención alguna a los daños morales, pero del análisis sistemático de su legislación se deduce el reconocimiento de la indemnización de los mismos, cuando hace referencias a términos como la satisfacción en supuestos de muerte o lesión corporal de una persona, en *numerus apertus*. Según Santos Briz, el sistema suizo, con su laconismo y excesiva generalidad, es quizá el más perfecto ya que se aparta de distinciones que la vida no hace, ni puede hacer el Derecho, y amplía el arbitrio judicial.<sup>79</sup>

El Derecho inglés sigue un criterio muy amplio en esta materia llegando a declarar indemnizables algunos daños de esta naturaleza de escasa relevancia.<sup>80</sup>

---

<sup>76</sup> Santos Briz, Jaime. *Derecho de...* Ob.cit. pp. 125 y 146.

<sup>77</sup> *Ibid.* p. 126.

<sup>78</sup> *Ibid.* pp. 130 y 131.

<sup>79</sup> Santos Briz, Jaime. *La responsabilidad civil...* Ob.cit. p.168.

<sup>80</sup> Santos Briz, Jaime. *Derecho de...* Ob.cit. p. 133.

## IV.- Resarcimiento del daño moral.

### A.- ¿Puede resarcirse el daño moral?

Todo daño jurídico tiene su razón de existir al momento de la exigencia de la responsabilidad civil, para cuando se vaya a determinar su resarcimiento. El daño moral no es la excepción, pero presenta características muy peculiares que emanan de la naturaleza de los bienes con los que se relaciona, de difícil valuación económica. Ningún problema se presenta cuando el hecho lesivo a un derecho de la personalidad genera un daño patrimonial, pues las reglas para la determinación de éste son muy claras, y entran en primer plano los perjuicios patrimoniales que de la infracción se derivan.

Pero hablar de la reparación íntegra en el caso del daño moral es un juego de palabras; sólo será un intento de integración que hace el juzgador situándose en el lugar concreto de cada víctima, analizando los más insospechados pormenores de su vida presente, pasada y las expectativas futuras, y en donde intervienen factores externos como la sensibilidad personal, los recuerdos y experiencias anteriores, la situación familiar, social, laboral y anímica, hábitos de vida.

Resarcir significa, jurídicamente, la reparación del daño por medio de una suma de dinero equivalente al valor del bien dañado. Es por ello que algunos tratadistas —entre los que se encuentran Messineo y Carnelutti— niegan rotundamente que la reparación o resarcimiento del daño moral pueda llevarse a cabo. Otros van más allá, y además de negar la posibilidad de la indemnización pecuniaria en el caso de producirse un daño moral, le atribuyen la condición de pena privada, no como satisfacción de la víctima, sino como castigo del autor.<sup>31</sup>

---

<sup>31</sup>Esta concepción de la pena privada significa una regresión en el pensamiento jurídico. Por otra parte no debe confundirse la pena con la indemnización; una es castigo que se impone al culpable en proporción a la gravedad del acto y su culpabilidad, tiene carácter sancionador, incluso en grado de tentativa frustrada y personalísimo, aunque tutele intereses de índole pública; la otra, atiende al perjudicado, y a la satisfacción de su interés privado, no se concibe sin un daño y su pago es proporcional al daño con independencia de la gravedad de la culpa.

Dinero y daño moral no compaginan, pues nunca podrá medirse la cuantía del dolor, de la aflicción, de la pena para establecer el equilibrio que exige el resarcimiento; repugna además la entrega de dinero cuando se trata de bienes de tan inestimable valor, respecto de los cuales no cabe aplicar la equivalencia resarcitoria, lo cual traería como consecuencia el enriquecimiento sin causa del ofendido, y la arbitrariedad en la determinación de la suma pecuniaria que se conceda; la imposibilidad de valorar en dinero entidades puramente ideales no encontrarían la medida del daño a indemnizar; los sufrimientos morales dependen de cada individuo; la inmoralidad de aceptar dinero por daños sufridos en valores no patrimoniales; el daño no patrimonial escapa del resarcimiento por estar privado del requisito de permanencia y perdurabilidad; al no poderse determinar en dinero no puede suministrarse la prueba de su medida ni de su existencia. Estos y otros muchos son los argumentos esgrimidos por estos autores.<sup>82</sup>

Hemos apreciado la tendencia a ampliar la medida pecuniaria del dinero más allá de los valores económicos mediante la valoración equitativa del juzgador. La prueba de la existencia de estos daños puede resultar difícil pero no imposible, sin olvidar que el daño moral no se agota con el dolor, sino que atañe a la violación efectiva de un derecho de la personalidad, en forma y manera tal, que la prueba de su violación contiene en sí la prueba de su existencia.

Como correctamente explica Adriano de Cupis: "Sostener la inmoralidad de la reparación pecuniaria del daño no patrimonial se funda en un equívoco. Inmoral se puede considerar el hacer comercio de elevados bienes personales, como el honor, mercantilizándolos por dinero, pero en modo alguno el exigir el resarcimiento por los daños sufridos independientemente de la voluntad propia y en orden a ellos,...resultaría injustificado el dejar sin reparación algunos daños no patrimoniales que pueden incluso ser

---

<sup>82</sup> Borrell Maciá, Antonio. *Responsabilidades derivadas de culpa extracontractual civil*. Segunda edición. Bosch, Casa Editorial. Barcelona. España. 1958. pp. 213 y ss. La refutación de estos argumentos puede encontrarse en García López, Rafael. Ob.cit. pp. 134 a la 147.

graves, en contraste estridente con la preocupación de reparar cualquier daño patrimonial por leve que sea.”<sup>83</sup>

Finalmente la nota que estima el daño no patrimonial carente de permanencia y de continuidad y por ello imposible su resarcimiento, cae ante la argumentación de que aunque el sufrimiento tenga carácter momentáneo, origina en todos los casos desequilibrios que merecen ser reparados en cualquier momento.

Sin embargo, el daño debe moldear el concepto de resarcimiento para adaptarlo a los requerimientos que exige su propia naturaleza. A la reparación del daño moral no puede dársele una acepción puramente económica; actualmente tiene un significado satisfactorio o compensatorio, más que específicamente restitutivo. No se trata de utilizar la indemnización como criterio equivalencial del daño moral. Por ser bienes de naturaleza tan singular los que atañen al daño moral, es muy difícil lograr una reparación específica con la restitución de la cosa o la eliminación de lo ilícitamente hecho, por ejemplo.

En los atentados contra el honor es donde mejor puede percibirse la restitución específica, con medidas como la publicación de la sentencia de condena, la retractación pública del ofensor o el derecho de rectificación de la víctima, en que se puede conseguir, al menos parcialmente, destruir los conceptos que la acción injuriosa o difamatoria impregnaron en la conciencia de los que participaron o la escucharon. En las lesiones corporales, la satisfacción de todos los gastos de curación en que se incurrió, y logrado el perfecto restablecimiento de todo signo visible o interno de las mismas en el cuerpo del ofendido, podría constituir otro supuesto en que la reparación es total. Pero en la mayoría de los casos, la reparación en la forma dicha no es posible, y aún en los supuestos especificados, tampoco es completa.

Derivada de la impotencia de estas medidas para el restablecimiento del bien o derecho dañado, se acude al dinero como elemento compensatorio. “El que ha sufrido un

---

<sup>83</sup> Cupis, Adriano de. *El daño...Ob.cit.* pp. 764 y 765.

daño no patrimonial, no puede con el equivalente pecuniario alcanzar un resultado final que se acerque a la situación anterior; o sea, que el dinero no le permite obtener un bien semejante al correspondiente a la integridad de su cuerpo, ni remediar su reputación dañada o volver a lograr la tranquilidad de espíritu que tenía con su reputación anterior. Sólo podrá alcanzar con dinero, aquellas ventajas y satisfacciones personales que puedan compensarlo en otros aspectos de su vida, procurando que el balance de su felicidad personal recupere nuevamente su equilibrio general y total."<sup>84</sup>

Lógicamente no puede aplicarse al daño moral la teoría del resarcimiento en el mismo sentido en que se hace para el daño patrimonial, pues el criterio de valor equivalente del dinero en relación con el bien dañado no puede establecerse. Pero ello no significa que no sea idóneo para cumplir la función compensatoria que adquiere en estos supuestos.

La vida de una persona no tiene precio, pero existen también muchas otras cosas en el mundo que no tienen precio propiamente dicho, como una pintura o escultura de Picasso, por ejemplo. El precio que se paga al comprarla es el de su adquisición, pero en caso de que se preste para una exposición, y se pierda por negligencia de la galería, ¿se paga con algo su indemnización? Nunca alcanzará su justo valor, pero la suma que se pague en concepto de indemnización, servirá para proporcionarse otros pequeños o grandes placeres, que compensen en algo la pérdida sufrida. Lo propio ocurre con el honor, una vez mancillado, aunque el ofensor se retracte públicamente, lo único que se logra es detener los efectos de ese quebranto, y la entrega de una cantidad indemnizatoria en dinero, servirá para disfrutar de goces que podrían disminuir parcialmente las secuelas de la ofensa.

La indemnización del daño moral es la única forma en la que puede restablecerse el equilibrio que este daño, evidentemente antijurídico, produce en un ser humano, aunque no siempre sea practicada de manera natural, y se sustituya con la entrega de una cantidad en metálico.

---

<sup>84</sup>Ibid. p. 766.

“A los efectos de buscar una reparación en los daños morales, no podemos situarnos tan próximos al daño propiamente dicho que el árbol nos prive la visión del bosque... Imaginémonos a quien a consecuencia de un accidente pierde la vista y con ella la posibilidad de disfrutar en la contemplación de tantos objetos que sólo percibimos con este sentido. Hasta cierto punto y en un pequeño grado ¿no puede compensarse con la entrega de unos discos que al oírlos le producirán un placer estético que con los ojos cerrados llenan el espíritu?, ¿a proporcionarle dinero para que pueda asistir a conciertos que el placer estético que no le viene por los ojos le venga por los oídos?... Hemos de considerar que la persona humana está en posesión de un patrimonio moral, en el que hay gozos y dolores, placeres y alegrías; este conjunto de goces y satisfacciones, mediante dinero puede aumentarse para que la proporción general entre gozo y dolor sea la misma.”<sup>85</sup>

El dinero tiene propiedades cambiarias —en cuanto sirve para acceder a otros bienes mediante su trueque— y propiedades valorativas, pues sirve de medida de valor de los demás bienes. Con la nueva propiedad que se le incorpora de ser medio satisfactorio tratándose del resarcimiento de valores morales infligidos, se convierte en un instrumento idóneo para obtener aquello que puede compensar el daño moral sufrido, puede ser empleado por el perjudicado de la manera que quiera y requieran sus necesidades a cambio del daño padecido, y obtener los bienes materiales que le sirvan para atenuar los efectos de la acción antijurídica.

Nada de lo dicho hasta ahora debe ser interpretado en el sentido de que con el dinero se anule o cancele el daño moral padecido; en la mayoría de las ocasiones esto no se logra con nada. La pena por la muerte de un ser querido, la lesión y pérdida de una pieza anatómica, no se compensan con ninguna suma en metálico, pero se pueden mitigar sus efectos mediante la adquisición y disfrute de ciertos goces que, hasta hoy, sólo puede proporcionar el dinero.<sup>86</sup> En esta distinción descansa la connotación compensatoria que

<sup>85</sup> Borrell Macla, Antonio. *Responsabilidades...* Ob.cit. p. 219.

<sup>86</sup> Ante la muerte de un hijo, ningún padre hallará consuelo; pero puede satisfacer por medio de la indemnización del daño que de este acto se derive otros sueños, como que sus restantes hijos puedan estudiar en la universidad, o comprar una casa por carecer su familia de un lugar propio donde vivir, y esto se logra con el dinero.

tienen estas indemnizaciones en el daño moral, que funciona como contrapeso a los sentimientos negativos, dolorosos, surgidos en el ánimo de la víctima o del perjudicado.

Negar esta posibilidad significaría asumir una posición extrema, en el sentido de rechazar también todos los placeres espirituales y morales que se alcanzan con bienes patrimoniales, y sin que medie daño alguno. No se puede disfrutar de un buen momento de música si no se adquiere un radio, o un boleto para un concierto, o un disco, y hasta ahora en defecto de otro medio, eso sólo se logra con dinero. Nada de inmoral hay en ello.

En la actualidad de hace difícil el mantenimiento de una postura contraria a la reparación del daño moral. Es a todas luces incomprensible que al amparo de unas mínimas y estrechas ideas que se tengan acerca del Derecho y de lo que ha de significar la justicia, se dejen sin atender las lesiones producidas a los sentimientos, a los afectos, a la dignidad, al honor, a la salud física; y que en definitiva, las relaciones de orden psíquico puedan ser ofendidas impunemente, confiándose las sanciones de tales ofensas a las leyes de la moral y la ética.

#### **I.- Medidas que pueden adoptarse.**

**a.- Cautelares:** Son medidas cautelares aquellas que la ley establece con la finalidad de poner fin de modo inmediato a la intromisión que se está produciendo, entre las que se encuentra el secuestro de una publicación acordada por autoridad judicial competente, o la prohibición de difundir o proyectar el medio a través del cual se produjo el quebranto. Deberán ser lo suficientemente amplias para que abarquen todo lo relativo a la justicia preventiva del caso, y deben tener un tratamiento autónomo de las medidas cautelares adscriptas a los procesos de ejecución.

Estas medidas cautelares tienden a evitar que por la dilación inevitable del proceso, se cree una realidad que impida ejecutar la decisión judicial e impedir esa tutela efectiva a la

que tiene derecho todo ciudadano, constituyen un medio de no hacer inútil el proceso declarativo.

**b.- Reparadoras:** Las medidas reparadoras son aquellas necesarias para restablecer al perjudicado en el pleno ejercicio de sus derechos, si bien, en estos casos, tienen más un carácter compensatorio dada la imposibilidad de reparar una lesión moral en su justa medida. Cualquiera que sea la naturaleza que de las mismas se derive, pueden en la práctica manifestarse como el reconocimiento al derecho a replicar, la difusión de la sentencia, la retirada del vehículo atentatorio de bibliotecas o hemerotecas en que se conserve, además de la indemnización pecuniaria de los perjuicios causados.

**c.- Preventivas:** Las medidas preventivas son aquellas que resultan necesarias e imprescindibles para impedir intromisiones ulteriores. Un ejemplo que la explica es la llamada *acción de jactancia*, que tiene “un mero carácter declarativo, acerca de la ilicitud de una conducta, conminando al demandado a no volver a cometer agresiones contra el ofendido, so pena de condenarle a perpetuo silencio respecto de la denigración objeto de la controversia ...”.<sup>87</sup>

## **B.- Criterios para la valoración del daño moral.**

Por medio del dinero se puede medir sin dificultad el interés patrimonial dañado; se trata de bienes exteriores, susceptibles de ser clasificados en orden a la riqueza material, y pueden ser estimados en dinero, cuya función ha sido siempre la de medir los valores económicos.

Contrariamente, especiales dificultades se presentan respecto a la medida pecuniaria del daño moral. Su valoración resulta más difícil y vidriosa cuando se trata de daños morales. Tanto si se considera que la función del llamado *«pretium doloris»*<sup>88</sup> es penar al

<sup>87</sup> Herrero Tejedor, Fernando. *Honor, intimidad y propia imagen*. Editorial Cóllex. Madrid. España. 1990. p. 277.

<sup>88</sup> “Precio del dolor”.

causante del daño, como si se entiende que su fin es el de compensar a la víctima, como si se estima que ambos son los papeles que juega en la práctica, lo cierto es que los criterios para su estimación son siempre discrecionales, necesariamente circunstanciales y de imposible objetivación.

Aunque se admita que la función más apropiada del dinero sea la de medir los valores económicos, no puede negarse que los hombres tratan de ampliar la medida pecuniaria más allá de aquellos.

Para la fijación de la indemnización de los daños morales, no puede tenerse en cuenta, dada la naturaleza de los mismos, pruebas de carácter objetivas, sino que la fijación de la cuantía se hace prudencialmente por el juzgador; por ello es tradicional ya el principio de que la ponderación de la cuantía indemnizatoria sea efectuada por los tribunales. Ello no significa que la valoración que de estas pruebas haga el Juez, no sea objetiva. Sólo en relación con los daños que implican perjuicios corporales se han intentado ciertas fórmulas de valoración sobre bases objetivas y uniformes.<sup>89</sup>

El justo arbitrio del juez supera, en aras de una finalidad superior de justicia, el obstáculo intrínseco que corresponde a la naturaleza de los bienes y sus correlativos intereses, suministrando una reparación que más que un equivalente exacto del interés afectado, pretende ser una compensación aproximada. El Derecho debe valorar la lógica y la racionalidad a la luz de la equidad; constituye una aplicación indiscutible de las reglas de equidad, atribuir la reparación por el daño moral originado a aquellos intereses preciosos que corresponden y afectan al hombre. "Al declarar la entidad intrínseca del daño no patrimonial, el Juez deberá servirse de todos los elementos de juicio más o menos consistentes, si bien aproximados, considerada la naturaleza de este daño. Esta misma entidad debe ser medida pecuniariamente, traducida en una cifra dineraria y como la medida

---

<sup>89</sup>Cfr. Pérez Pineda, Blanca y Manuel García Blázquez. *Manual de valoración y baremación del daño corporal (especialmente concebido para jueces, fiscales y abogados)*. Tercera edición ampliada. Editorial Comares. Granada. España. 1994.

pecuniaria del daño no patrimonial escapa siempre a la prueba, no podrá producirse más que por medio del ejercicio de la facultad de justa valoración del Juez.”<sup>90</sup>

La determinación de la cuantía de la indemnización está sometida a la apreciación objetiva que hace el juzgador basándose en pruebas que lógicamente son subjetivas dada la naturaleza de los bienes y derechos que se ventilan. Esa subjetividad se acrecienta cuando lo que se «valora» es el daño moral. Se generan varios conceptos diferentes entre sí: una lesión corporal como tal implica un daño moral en el que entran aspectos como la aflicción que ocasiona el dolor físico propio de la lesión, la postración que entrafía la salud quebrantada, la zozobra por la incertidumbre del desenlace, el sentimiento que produce a la víctima ver la inquietud de sus seres queridos, sin perjuicio de otras consecuencias motivo de pesadumbre como sería la posibilidad de perder un año de estudios, etcétera; con posterioridad a la lesión se pueden producir daños morales en las denominadas secuelas o quebrantos físicos o psíquicos derivados.

Esto supone un gravísimo problema en la práctica pues la discrecional apreciación por parte del juez de los daños sufridos y de la suma de dinero que debe indemnizarse supone la necesidad de atender al caso concreto y las particularidades del mismo, pero se hace imprescindible un mínimo de homogeneidad en aras de la seguridad jurídica y la certeza del Derecho.

A los fines de la estimación del daño moral, debe atenderse a varios factores dada la imposibilidad de establecer un catálogo rígido de circunstancias o criterios para su valoración.

Por la especial relevancia del daño moral en los derechos de la personalidad, las legislaciones deben situar una serie de bases destinadas a facilitar la concreción de la cuantía de la indemnización, como las circunstancias del caso, la gravedad de la lesión o volumen del menoscabo o perjuicio sufrido, la difusión o audiencia del medio a través del cual se haya

---

<sup>90</sup> Cupis, Adriano de. *El daño...Ob.cit.* p. 559.

producido la misma en los casos de los atentados contra el derecho al honor, la intimidad personal y familiar, etcétera, el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma así como su situación económica general, el sujeto humano en su conjunto antes y después del evento dañoso, en fin, todas las circunstancias que contribuyan a caracterizar especialmente el hecho dañoso en concreto; criterios estos que no ayudan mucho llegado el momento, por lo que, una vez más, será la jurisprudencia la que en atención a las particularidades de cada caso, establezca las pautas a seguir para la determinación del *quantum* indemnizatorio o el monto, o cantidad efectiva de la indemnización.

En los supuestos del daño moral, como ha quedado explicado, la indemnización tiene una función más compensatoria o satisfactoria que propiamente resarcitoria, ya que la dificultad que supone calcular el *quantum* del mal causado impide fijar una cantidad concreta que represente el equivalente exacto de aquel, máxime cuando se le añaden los prejuicios éticos y morales que a algunos juristas y tratadistas les produce el reducir a dinero intereses relativos a bienes como el honor, la vida, la libertad, etcétera.

Pero si el honor no es valorable en dinero, tampoco lo es la vida, y si se acuerda una indemnización de perjuicios a la viuda y los hijos del que ha sido víctima de un homicidio o para quien ha recibido lesiones a su integridad física, ¿por qué no acordarla también al perjudicado por el delito de injuria o calumnia, o para cualquier atentado a la intimidad, o cualquier manifestación de la libertad?

La subjetividad que deriva de la fijación de la cuantía indemnizatoria, y la necesidad de que ésta sea establecida por los tribunales que, aunque a veces lo olvidemos, están constituidos por seres humanos, puede producir determinadas consecuencias: diferencias ostensibles entre unas sentencias y otras al momento de fijar el *quantum*, dificultades en la delimitación de los destinatarios de la indemnización que se hace generalmente de manera global, y en el desglose de las cantidades correspondientes al daño pecuniario, y al daño moral.

La dificultad para valorar la cuantía de las indemnizaciones, no debe traer como consecuencia ni el señalamiento de cantidades exiguas, intolerables ante la importancia y trascendencia de los bienes morales del hombre, ni a la elevación desmedida de éstas, al punto de que se conviertan en formas de obtener pingües beneficios para los perjudicados, olvidando la función satisfactoria que la indemnización tiene en el Derecho. Para estos casos no hay que olvidar el principio de enriquecimiento injusto que evite la obtención de lucros personales excesivos.

Al igual que en los daños patrimoniales, en los no patrimoniales deben no sólo computarse en concepto de indemnización las disminuciones efectivas que sufra el perjudicado en sus bienes materiales existentes (*damnum emergens*), sino también que no tenga lugar el aumento patrimonial que se habría producido de no haber sucedido el hecho generador de la responsabilidad (*lucrum cessans*). Para De Cupis, el fundamento de esta distinción descansa en que el interés afectado sea actual o no.<sup>91</sup>

Admitir que el lucro cesante forma una partida de la indemnización de daños y perjuicios supone romper con la arcaica visión del deudor que no sufre otro daño que la mutilación de sus activos patrimoniales ya existentes, supone situarse en una visión justa de los hechos, en una sensibilidad racional propia de civilizaciones avanzadas. El régimen jurídico de ambas figuras es el mismo, siendo resarcibles tanto en la esfera contractual como en la extracontractual.

La determinación del lucro cesante puede presentar ciertas dificultades, y trataremos de exponer algunos de los principios que inevitablemente se han de tener en cuenta en estos momentos por el juzgador. El primero de ellos es su delimitación por un juicio de probabilidad, que habrá de hacerse en el curso ulterior de los hechos desencadenantes, no en el instante mismo del suceso; se trata de una ganancia lícita no obtenida, y que con cierta probabilidad era de esperarse se beneficiara el afectado, según las circunstancias del caso.

---

<sup>91</sup> Ibid. p.153.

Esta valoración obviamente, no podrá ser hecha para que surta plenos efectos jurídicos por el perjudicado, sino que tomando sus manifestaciones subjetivas como base, corresponde al juez con el auxilio de los peritos su cuantificación lo más objetiva posible.

Concepto distinto al del lucro cesante es el de *pérdida de probabilidades*, en que se frustran las expectativas de ganancias futuras y sobre las cuales no se tiene certeza: la impericia de un pasante o auxiliar de bufete de abogados puede provocar el incumplimiento de un traslado y la consiguiente pérdida del proceso; la negligencia de un notario en el mandato de su cliente que impide que en una subasta pública pierda éste la posibilidad que contaba de convertirse en algún momento en dueño de una rica y próspera finca. Este elemento debe ser también tomado en cuenta para la valoración del daño moral, aunque se presente más difícil aún su determinación.

Para facilitar la ya difícil misión de determinar la cuantía de los daños morales o no patrimoniales, se han caracterizado varias formas de perjuicio independientes de los que propiamente atañen a la incapacidad que se derive del hecho dañoso:<sup>92</sup>

- a.- El perjuicio del placer: o privación de satisfacciones diversas de orden social, mundano, deportivo de los que se debería beneficiar normalmente una persona de la edad y cultura de la víctima.
- b.- El perjuicio sexual: cuando derive del hecho dañoso la imposibilidad o disminución de la capacidad de procrear.
- c.- El perjuicio estético: de alcance moral y material en que juega un importante papel la edad, el sexo, la localización de la secuela y la profesión de la víctima.
- d.- El perjuicio del sufrimiento: o *«pretium doloris»*, daño físico o moral verdadero y posterior.

---

<sup>92</sup> Ángel Yagüe, Ricardo de. *Responsabilidad...* Ob.cit. p. 278.

e.- El perjuicio juvenil: o reducción potencial que no específica de la capacidad de trabajo de un joven, o el dolor que le produce su propia degradación, o la pérdida de toda esperanza de vida normal, o la disminución de sus expectativas de vida.

Existe un proyecto para la unificación de criterios valorativos en la cuantificación del daño en general, incluido el moral, en países de la Unión Europea. En un estudio sobre los diferentes parámetros que en algunos países se toman en cuenta para la determinación del daño moral, y ante la evidente disparidad de los mismos, se ha comenzado a proponer la elaboración de una escala de indemnización por sufrimientos morales, que puedan llegar a adoptarse homogéneamente en toda Europa.<sup>93</sup>

Es facultad de los Tribunales de instancia la determinación de esta cantidad a su prudente y buen arbitrio, aplicando un criterio racional; no constituye una facultad discrecional en tanto ya están fijadas ciertas bases de valoración y determinación del *quantum*. Permitir que en los recursos ante los Tribunales superiores se revise este particular, conduce al desmerecimiento que como recurso de naturaleza extraordinaria y de exclusivo derecho, tiene la casación, reduciéndolo a una tercera instancia. "En primera y segunda instancia se resuelven pleitos; en casación se juzgan sentencias. Un recurso de casación es un ataque a la sentencia; una imputación de que ha infligido la ley o quebrantado las formas esenciales del juicio, o ambos casos a la vez..."<sup>94</sup>

## V.- Tratamiento del daño moral en la legislación mexicana.

Es a partir de las reformas introducidas al Código civil para el Distrito Federal en diciembre de 1982, que la figura del daño moral comienza a recibir un tratamiento

<sup>93</sup> *Indemnizaciones por lesiones personales en los países de la C.E.E.* Informe elaborado por David McIntosh y Marjorie Holmes. Editorial Cólax. Madrid. España. 1992. En los anexos del presente trabajo se incluye uno de los ejemplos analizados en el referido estudio.

<sup>94</sup> Martínez Escobar, Manuel. *La casación en lo civil*. Editora Cultural, S.A. La Habana. Cuba. 1950. p. 1.

importante y particularizado dentro de la legislación en México. En fechas anteriores sufrió desde su total ignorancia, hasta su supeditación a la existencia de daños materiales.

Los Códigos civiles de 1870 y 1884 excluyeron toda referencia al denominado agravio extrapatrimonial; sólo contemplaban en materia de daños, los derivados de una lesión a bienes de naturaleza patrimonial.<sup>95</sup>

El Código penal de 1871 dedicaba un capítulo específico a la responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados a los bienes patrimoniales y jamás a los de naturaleza extrapatrimonial. En la exposición de motivos de este texto legal se declaraba la imposibilidad de poner precio a bienes tan estimables como el honor y los sentimientos, pues semejante permisión no haría más que envilecer a la condición humana.<sup>96</sup> Esta posición estaba en perfecta concordancia con las corrientes que imperaban en la época, negadas a cuantificar a los efectos de su resarcimiento, los bienes de indole personal inseparables de la naturaleza humana, por estimarlo repugnante y ofensivo.

En el Código civil de 1928 aparece por primera vez en la legislación civil mexicana, una referencia a la regulación del daño causado a los bienes de carácter extrapatrimonial. El artículo 1916 dispuso:

“Art. 1916.- Independientemente de los daños y perjuicios, el Juez puede acordar en favor de la víctima de un hecho ilícito, o de su familia si aquella muere, una indemnización equitativa a título de reparación moral, que pagará el responsable del hecho. Esta indemnización no podrá exceder de la tercera parte de lo que importe la responsabilidad civil...”<sup>97</sup>

<sup>95</sup> Batiza, Rodolfo. *Las fuentes del Código civil de 1928*. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. 1979. pp. 930 y 932.

<sup>96</sup> Borja Soriano, Manuel. *Teoría general de las obligaciones*. Séptima edición. Tomo II. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. 1974. pp. 427 y 428.

<sup>97</sup> Batiza, Rodolfo. *Ob.cit.* p. 956.

Aunque con evidentes limitaciones, se reconoció por vez primera la reparación moral de una forma genérica; por supuesto, supeditada a la existencia de responsabilidad derivada del daño de naturaleza patrimonial, y ceñido a un monto máximo a indemnizar muy inferior al que en realidad se suele provocar en las lesiones a los bienes de la personalidad.

Alusión a la reparación moral la encontramos igualmente en el artículo 143 del propio texto legal, pero con una visión muy superior. Se consideró el daño moral en este precepto con entidad autónoma suficiente para diferenciarlo de los daños patrimoniales:

“Art. 143.-. El que sin causa grave, a juicio del Juez rehusare cumplir su compromiso de matrimonio o difiera indefinidamente su cumplimiento, pagará los gastos que la otra parte hubiera hecho con motivo del matrimonio proyectado.

En la misma responsabilidad incurrirá el prometido que diere motivo grave para el rompimiento de los esponsales.

También pagará el prometido que sin causa grave faltare a su compromiso, una indemnización a título de reparación moral, cuando por la duración del noviazgo, la intimidad establecida entre los prometidos, la publicidad de las relaciones, la proximidad del matrimonio u otras causas semejantes, el rompimiento de los esponsales cause grave daño a la reputación del prometido inocente.

La indemnización será prudentemente fijada en cada caso por el Juez, teniendo en cuenta los recursos del prometido y la gravedad del perjuicio causado al inocente.”<sup>98</sup>

El 28 de diciembre de 1982 se aprobaron las reformas a diversos artículos del Código civil vigente, interesándonos para este estudio los cambios introducidos al artículo 1916, que quedó a partir de ese momento redactado de la siguiente forma:

<sup>98</sup> Código civil para el Distrito Federal. 62ª edición. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. 1993. p. 71.

**“ Art. 1916.- Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí mismo tienen los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas.**

**Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual, como extracontractual. Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva conforme al artículo 1913, así como el Estado y sus servidores públicos conforme a los artículos 1927 y 1928, todos ellos del presente Código.**

**La acción de reparación no es transmisible a terceros por acto entre vivos y sólo pasa a los herederos de la víctima cuando ésta haya intentado la acción en vida.**

**El monto de la indemnización lo determinará el juez tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable y de la víctima, así como las demás circunstancias del caso.**

**Cuando el daño moral haya afectado a la víctima en su decoro, honor, reputación o consideración, el juez ordenará, a petición de ésta y con cargo al responsable, la publicación de un extracto de la sentencia que refleje adecuadamente la naturaleza y alcance de la misma, a través de los medios informativos que considere convenientes. En los casos en que el daño derive de un acto que haya tenido difusión en los medios informativos, el juez ordenará que los mismos den publicidad al extracto de la sentencia, con la misma relevancia que hubiere tenido la difusión original.”<sup>99</sup>**

Por primera vez se concibe en el Derecho mexicano la reparación del daño moral de manera más integral e independiente de cualquier otro tipo de responsabilidad y de la

<sup>99</sup> Ibid. pp. 343 y 344.

naturaleza de los bienes. Ya este precepto brinda una definición de qué entender por daño moral, los bienes que tutela y protege, las personas que resultan responsables, quiénes pueden reclamar la indemnización, y los criterios para la determinación del monto de la misma.

Del análisis del este precepto se derivan varias consecuencias. En primer lugar, la relacionada con quiénes pueden ser los sujetos activo: y pasivos del daño moral.

Se alude a la persona en un sentido genérico como sujeto pasivo de la relación jurídica que nace del daño moral. Ochoa Olvera afirma: " El que se haya empleado en singular la locución persona, no implica una referencia exclusiva a la persona física."<sup>100</sup> Con anterioridad expusimos que esta afirmación, aunque parezca muy lógica y razonable en el plano puramente teórico, es muy discutible en el plano práctico. Las personas colectivas pudieran ser sujetos pasivos de los daños no patrimoniales cuando se lesionan los derechos y bienes que atañen a su personalidad jurídica, y que coincidirán con los de las personas físicas en aquellos supuestos en que la corporeidad de una u otra lo permita. Es evidente que no podrá indemnizarse a una entidad comercial, por ejemplo, por los daños sufridos a su configuración física, ni a su intimidad —por carecer de espiritualidad—, ni a su integridad corporal; pero sí puede resultar dañada tanto material, como moralmente, por las lesiones que a su reputación comercial pueda padecer. "...las personas morales pueden constituirse en sujetos pasivos de un agravio extrapatrimonial, siempre que el hecho dañoso sea dirigido contra los bienes o presupuestos personales que todo sujeto posee de acuerdo con la particular naturaleza del ente colectivo que sirve de sustrato a su personalidad."<sup>101</sup>

El Estado en fecha anterior a la reforma introducida en 1982, no podía ser nunca sujeto activo de este tipo de responsabilidad civil y por ello, no podía ser condenada al pago de indemnizaciones por concepto de daño moral por ella ocasionado. Ya ahora es sujeto

<sup>100</sup> Ochoa Olvera, Salvador. *La demanda por daño moral*. México, D.F. p. 33.

<sup>101</sup> Brebia, Roberto H. *El daño moral*. Editorial Orbi. Buenos Aires. República Argentina. 1967. p. 244.

activo de la relación jurídica que nazca del daño moral, según lo preceptuado en el artículo 1927 que a la letra dice:

“Art. 1927.- El Estado tiene la obligación de responder del pago de los daños y perjuicios causados por sus servidores públicos con motivo del ejercicio de las atribuciones que les estén encomendadas...”<sup>102</sup>

Sin embargo, el Estado no podrá ser nunca sujeto pasivo de la relación jurídica derivada del daño moral, como sí lo pueden ser otras personas colectivas. En el capítulo segundo del presente trabajo, y en párrafos precedentes de este propio capítulo, se esbozaron brevemente algunas consideraciones con respecto a la posibilidad cierta o incierta de que ciertas entidades morales pudieran en determinadas circunstancias, padecer lesiones a algún bien de la personalidad que ostentan por imperio de la ley, y solicitar la debida reparación moral que el agravio le hubiere ocasionado, quedando siempre un espacio a la duda o a la disertación teórica. Pero en el caso del Estado no hay lugar a confusión alguna. “No creemos en cambio, que el Estado nacional, provincial o municipal pueda accionar por la conculcación del derecho al nombre o al honor como ocurre con las personas jurídicas de existencia posible... El Estado como representante y al mismo tiempo rector de los intereses sociales, no puede sentirse vulnerado en su patrimonio moral por la acción de los particulares. Las normas represivas de carácter penal y administrativo que establece para el caso de tales violaciones, constituyen una defensa suficiente de su prestigio y autoridad. La indemnización en dinero por agravio moral al Estado... carecería... de sentido, atento al fundamento de que se acuerda el pago de una suma de dinero cuando se trata de reparar daños morales o sea, el de acordar una satisfacción a la víctima. En este caso no hay satisfacción posible, pues el Estado no puede, a diferencia de los particulares, encontrar sustitución compensatoria en otros goces, que le pudiera proporcionar una suma de dinero por las molestias, padecimientos o desventuras sufridas.”<sup>103</sup>

<sup>102</sup> Código civil para el Distrito Federal. Ob.cit.

<sup>103</sup> Brebía, Roberto. Ob.cit. p. 246.

En segundo lugar, a partir de las reformas introducidas, ya existe la obligación de reparar el agravio moral para quien haya incurrido en responsabilidad objetiva, lo cual no permitía la legislación ni la jurisprudencia anterior a 1982.

En tercer lugar, y como se ha dicho, con las importantes reformas introducidas, el daño moral adquiere un carácter autónomo con respecto al daño patrimonial, y no se supedita a la existencia de éste.

En cuanto a la reparación del daño moral, el derecho mexicano sigue las concepciones que quedaron explicadas en el apartado dedicado al tema en el presente capítulo. La reparación moral siempre será resarcida con la entrega de una suma de dinero, que en ningún caso significa que se ponga precio a los bienes de naturaleza tan especial como son los que conforman la personalidad de un sujeto por la imposibilidad de su apreciación pecuniaria, ni sustituirá al dolor o al daño causado, ni mucho menos, lo hará desaparecer. El dinero sólo cumple en estos casos una función compensatoria o satisfactoria.

Esta regla tiene su excepción en los casos en que se ha vulnerado el derecho al honor en que podrá además ordenarse por el juez, y si así lo solicita el afectado, la publicación de un extracto de la sentencia con los elementos suficientes que permitan exponer la naturaleza, el alcance de la misma y la retractación de los hechos atentatorios a la honra y la reputación del perjudicado.

Como establece el artículo 1916, queda a la discrecionalidad del órgano jurisdiccional la determinación del monto de la cantidad de dinero que se entregará por concepto de reparación moral, cuidando siempre que la suma que se entregue para resarcir el daño no constituya para el agraviado un enriquecimiento sin causa. Pero brinda algunas pautas que deberá seguir el juzgador, debiendo apreciar los bienes o derechos lesionados, el tipo y grado de responsabilidad, la realidad del ataque y de la conducta ilícita, la capacidad económica de los sujetos activos y pasivos intervinientes en la relación jurídica, y cualquier otra circunstancia particular de caso.

La legislación civil de muchos de los Estados de la Federación contemplan ya el daño moral, pero en la mayoría de los casos, limitan inexplicablemente el monto de la indemnización a pagar por este concepto. Así, el Código civil del Estado de Querétaro establece en su artículo 1784, que el importe de la indemnización nunca excederá la cantidad que corresponda para los casos de muerte, y para el Código civil del Estado de Puebla nunca excederá el importe de mil días de salario mínimo general (artículo 1995).

A una suma que nunca exceda de la tercera parte de lo que importe la responsabilidad civil, lo limitan los Códigos civiles de los Estados de Baja California Norte (artículo 1794), México (artículo 1745), Nuevo León (artículo 1813), Oaxaca (artículo 1787), Guanajuato (artículo 1406), Michoacán (artículo 1774), Campeche (artículo 1811) y San Luis Potosí (artículo 1752).

En el Estado de Jalisco, el monto de la indemnización nunca excederá la suma de 50,000.00 (cincuenta mil pesos). Limitar en forma arbitraria el monto de la reparación moral, es un vicio que hace estéril la demanda para solicitar la indemnización por concepto de daño moral, del cual padecían las legislaciones anteriores y que ya deben estar enteramente superadas; lo contrario significa un retroceso en la concepción y efectividad de esta figura jurídica.

El único Estado que recoge los avances introducidos en el Código civil para el Distrito Federal es el de Chihuahua en su artículo 1801, que resulta ser una transcripción casi literal de lo establecido en el artículo 1916 del primer texto legal mencionado.

## **CAPÍTULO CUARTO**

### **PROBLEMÁTICA E IMPLICACIONES ACTUALES DERIVADAS DEL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD**

En el presente capítulo se analizarán los posibles conflictos que se derivan de la existencia de los derechos de la personalidad, en el entendido de que sean ya reconocidos en las legislaciones modernas, con otras situaciones jurídicas que pueden entrar en contradicción con aquellos, para la solución de los cuales deben primar criterios de ponderación, equilibrio y compatibilización entre derechos y libertades de igual rango que exigen protección jurídica.

#### **I.- El derecho a la información y la libertad de expresión. Sus límites.**

*"La verdad y la justicia  
jamás temen descubrir la cara."*

El contacto con las demás personas es uno de los medios con los que el individuo cuenta para su desarrollo y progreso. Mediante el intercambio de ideas, experiencias, opiniones, conocimiento e información, el ser humano aprovecha para sí lo que la inteligencia y la experiencia de los demás le pueden aportar.

Pero en ocasiones no es posible deslindar los límites entre varios derechos fundamentales y los derechos de la personalidad, para que se manifiesten en plena forma y en toda su magnitud el disfrute de los mismos. Particularmente, los derechos a la libertad de expresión y a la información, se presentan en contradicción con los derechos al honor, la intimidad, la propia imagen, y la identidad personal.

**La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, en su artículo 19 dispone:**

**“ Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de frontera, por cualquier medio de expresión”.<sup>1</sup>**

Uno de los temas más debatidos en esta materia es el relativo a los límites entre los derechos al honor, la intimidad, la propia imagen, y la identidad personal por una parte, y los derechos a la información y a la libertad de expresión, por otra. En la mayoría de las ocasiones se hace preciso delimitar hasta dónde llegan unos y otros, o si estamos ante dos tipos de derechos jerárquicamente diferentes en vez de ante dos derechos de igual rango.

La coexistencia de los derechos fundamentales y los de la personalidad reconocidos casi siempre en todas las Constituciones, trae como consecuencia la creación de unos campos de concurrencia entre ellos, por lo que se necesita la fijación de sus límites y extensión, para poder resolver, en los supuestos de colisión, la preferencia de unos u otros en cada caso.

Los derechos de libertad de expresión e información tienen, por sí solos, entidad suficiente para ser merecedores de un exhaustivo y profundo estudio que no será posible agotar en estas páginas. Baste, pues, un esbozo de sus respectivos contenidos y alcances, para centrar la atención en las soluciones posibles ante el encontronazo de éstos con otros derechos de la personalidad. La finalidad es recordar que aun cuando las libertades de expresión e información hayan sido en general configuradas como garantías institucionales, no podemos olvidar que el fundamento de cualquier orden político de las sociedades

---

<sup>1</sup>Los derechos humanos: declaraciones y convenios internacionales. Incluye un estudio preliminar de Antonio Truyol y Serra. Ob.cit.

modernas debe ser el respeto a la dignidad de la persona, a sus derechos inherentes y al libre desenvolvimiento de su personalidad.

#### **A.- El derecho a la información.**

La información es hoy una actividad indispensable en todo Estado que se transforma en una necesidad social. En un sentido activo y pasivo es condición esencial para la evolución de una sociedad. Esta libertad de información que se configura como derecho, cumple una importantísima función, especialmente a través de los medios de comunicación social.

Pero no se les puede dar carta blanca dejando a los particulares sin protección. La prensa en un sentido amplio tiene una función social y política que cumplir y en la mayoría de los casos es así, mediante el ejercicio responsable de la función periodística. Pero hay que estar preparados para cuando esto se vea desvirtuado por medios aislados o periodistas poco escrupulosos que, abusando del poder que les otorga un vehículo de comunicación social, violen la dignidad e intimidad de los ciudadanos, personas públicas o no, que se sientan indefensos ante semejantes ataques.

#### **1.- Evolución histórica.**

Tantos siglos de historia de la Humanidad harían muy extenso un análisis evolutivo del desenvolvimiento de la comunicación y la información a través del tiempo.

A pesar del avanzado desarrollo jurídico y cultural de civilizaciones como la romana y la griega, no existía una regulación especial para la creación y difusión de escritos y noticias que eran dados a la publicidad por medio de edictos o voceros, eso sí, respetando siempre lo que se consideraba la libertad de expresión, con el límite de que no atentara contra la República o los Emperadores.

Ya en la Edad Media, el primer antecedente de regulación estatal del periodismo, se encuentra en el Edicto de Worms de Carlos V, aunque desde antes se dieron conocidas muestras de represión a la libertad de expresión e información, con instituciones como la Inquisición, por ejemplo.<sup>2</sup>

En el Renacimiento de los siglos XII y XIII aparecen las bases para el surgimiento del *ius communications* que defendió posteriormente Vitoria y que tanto esplendor alcanzó en las Universidades, que siguió iluminándose en el siglo XV como consecuencia de los importantes cambios que se sucedieron en el mundo, el más importante de ellos, el “descubrimiento” de nuevos mundos. En la etapa de la Ilustración y la Enciclopedia se lucha por las libertades de información y expresión, pero quedan en manos de quienes poseían los medios económicos suficientes para ello, y sujetas a un estricto control político. Aparecen los primeros periódicos y comienza el despegue de la verdadera publicidad con la invención de la imprenta.<sup>3</sup>

En Alemania, en época del imperio de los Habsburgo, el control de la prensa fue muy intenso, hasta que en 1781, Jorge II concedía mayores libertades de actuación que fueron paulatinamente restringidas con nuevas leyes. Con la Ley de Bismarck de 1874, desaparecieron las censuras de todo tipo, unificando además el régimen de la prensa en todo el imperio, principio que fue ratificado por la Constitución de Weimar, pero por muy poco tiempo.<sup>4</sup> En la etapa del nazismo volvieron las censuras y restricciones a todo tipo de información no controlada por el Ministerio de Propaganda, hasta que finalizada la guerra, y dividida la Alemania en dos, la Democrática siguió el patrón del resto de los países

<sup>2</sup> Aguilera Fernández, Antonio. *La libertad de expresión del ciudadano y la libertad de prensa o información. Posibilidades y límites constitucionales*. Editorial Comares. Granada. España. 1990. p. 32.

<sup>3</sup> Bel Mallen, Ignacio (et al.) *Derecho de la información. Sujetos y medios*. Tomo I. Editorial Cólax. Madrid. España. 1992. pp. 27 y ss.

<sup>4</sup> En esta etapa vale recordar la crítica de Marx a la falacia de una libertad de prensa, como expresión del derecho a la información general de los ciudadanos. Era pues, una simple quimera porque había muy pocas personas adineradas en la Alemania de la mitad del siglo XIX con posibilidades económicas para montar un medio de comunicación. En nuestros días esta crítica sigue siendo válida, una libertad limitada que es un lujo para muchos y privilegio de unos pocos dueños de medios de comunicación social, a pesar de los esfuerzos que despliegan los Estados para lograr la eficacia de los derechos y libertades del hombre.

integrantes del antiguo campo socialista de colectivizar la prensa, y en la Federal, se instaló un régimen de licencias hasta que en 1949 quedó consagrada la libertad de prensa.<sup>5</sup>

En España, la Constitución de Cádiz dispuso que todos los españoles tenían libertad de escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas, sin limitación alguna, salvo las que la propia ley impusiera. Con Fernando VII quedó restablecida la Novísima Recopilación, y son sucesivamente suprimidas las libertades concedidas por la Constitución, imperando un régimen absolutista y de censura al respecto, que va sufriendo altibajos según el régimen imperante, por sucesivas leyes que en un sentido u otro regulaban la libertad de imprenta. La primera Constitución española que incluye en sentido genérico la libertad de información y su corolario, la libertad de prensa, es la de la Restauración, de 1876, hasta que fue promulgada la Ley de Prensa de 1966 consecuente con el principio de libertad de la misma.<sup>6</sup>

En Francia, las reivindicaciones de los periodistas del siglo XIX descansan en la Declaración francesa de los Derechos del Hombre de 1789. Entre 1815 y 1848 se promulgaron dieciocho leyes de prensa que navegaron desde la censura más estricta, hasta momentos de cierto liberalismo, que dieron paso a la libertad de prensa cuando se proclamó la República, que promulgó en 1881, la Ley de Prensa más liberal que se había conocido hasta el momento en el mundo. Durante las dos guerras mundiales existieron medidas restrictivas que permitían los embargos, las persecuciones y las restricciones a quienes no cumplieran las órdenes del Ministerio de Guerra, de quien dependía toda la actividad de la prensa, hasta la promulgación en 1970, de la Ley francesa de Prensa.<sup>7</sup>

En Inglaterra es ineludible mencionar varias disposiciones que han marcado un hito en el reconocimiento del derecho a la información: la *Petition of Rights*, de 1628; el *Habeas Corpus Act*, de 1679; y la *Declaration of Right*, de 1689, que eliminó la censura, si bien el control que ejercía el Parlamento continuaba siendo muy severo.<sup>8</sup>

<sup>5</sup> Bel Mallén, Ignacio (et al.) Ob. cit. p. 35.

<sup>6</sup> Rico Linage, Raquel. *Constituciones históricas*. Segunda edición. Universidad de Sevilla. España. 1994.

<sup>7</sup> Bel Mallén, Ignacio (et al.) Ob. cit. pp. 36 y ss.

<sup>8</sup> Álvarez Véliz, María Isabel y María Fuencisla Alcón Yustas. *Las Constituciones de los quince Estados de la Unión Europea. Textos y comentarios*. Editorial Dykinson. Madrid. España. 1996. pp. 585 y ss.

En Estados Unidos, el Derecho XII de la Declaración de Derechos de Virginia, consagró el derecho a la libertad de prensa como uno de los baluartes de esa sociedad, que quedó posteriormente garantizada en la Primera Enmienda de la Constitución de 1791. La renovación de la prensa comienza en 1830, en que los límites a la libertad de información fueron mínimos, principio que se ha mantenido hasta estos días. Es en este país donde nace y mejor se desenvuelve el sensacionalismo como segura fórmula de garantía del éxito de una publicación.<sup>9</sup>

La Asamblea General de las Naciones Unidas se ocupó en su primer período de sesiones de la libertad de información, aprobando la Resolución 59 que la caracteriza como un derecho humano fundamental. En 1948 se celebró en Ginebra la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la Libertad de Información y se prepararon tres proyectos de convención relacionados con la obtención y transmisión internacional de información, el derecho de rectificación y la libertad de información como derecho garantizado por el Derecho Internacional.<sup>10</sup>

## 2.- Concepto.

La comunicación entre las personas condiciona su desarrollo integral y el de las sociedades que ésta forma, nutre la vida intelectual, la creatividad, la ciencia y la cultura. La comunicación es el mejor medio para mejorar las relaciones entre los hombres y sus pueblos, y abarca desde el diálogo de comprensión entre dos personas, hasta la información propiamente dicha.

Nadie duda hoy que el derecho a la información sea un derecho humano que significa, entre otras cosas, la obligación del Estado de brindar los mecanismos necesarios para que fluya, sin más impedimentos que los que imponga la ley, la libre comunicación.

---

<sup>9</sup> Bel Mallén, Ignacio (et al.) *Ob. cit.* p. 36 y ss.

<sup>10</sup> *Los derechos humanos...* *Ob. cit.*

Para Osorio Iturmendi, la libertad que entraña el derecho a la información debe definirse en su doble aspecto: "el derecho a recibir información y el derecho a emitir información."<sup>11</sup> Este derecho está escondido tras el derecho no menos humano, de libertad de opinión y expresión, aunque muestra diferencias importantes con éste último.

Tiene, en expresión de Eduardo Novoa Monreal "...una ambivalencia, sin la cual no puede ser ni debidamente comprendido ni correctamente aplicado. Esta ambivalencia consiste en que comprende simultáneamente un *derecho a emitir información*, que teóricamente corresponde a cualquiera, pero que en la práctica es ejercido por un reducido número de importantes empresas, y otro *derecho*, del cual son titulares todos los demás hombres, *a recibir información*. Esto significa, en consecuencia, que el derecho de información se expresa en dos vertientes distintas e inconfundibles: el derecho de dar información y el derecho de recibir información. Existe, pues, un derecho de informar y un derecho a ser informado, cada uno de los cuales tiene diferentes titulares y diferentes contenidos."<sup>12</sup>

Si centramos el derecho a la información como derecho a la noticia, tanto para buscarla como para recibirla o difundirla, exige algunas condiciones necesarias para evitar que se corra: su veracidad, su trascendencia pública, su relevancia conforme con la realidad, y que pueda llegar a todos de manera rápida. Incluye como derecho a la información, tanto la posibilidad de recibirla como la de negarse a recibirla, derecho que se traduce en la facultad del individuo de seleccionar la que le satisfaga más o menos plenamente.

---

<sup>11</sup> Osorio Iturmendi, Lucas. *Los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen como límites de la libertad de expresión e información*. XII Jornadas de Estudio. Ministerio de Justicia. Madrid. España. 1992. p. 667.

<sup>12</sup> Novoa Monreal, Eduardo. *Ob.cit.* pp. 151 y 152. La cursiva es nuestra.

## **B.- La libertad de expresión.**

### **1.- Breve reseña histórica.**

Los avatares sufridos por la libertad de información en su desenvolvimiento en el tiempo, son aplicables a esta libertad. Durante la mayor parte de la Historia ha sido cercenada por sinrazones y poderes varios, por culturas, credos políticos y religiosos, la posibilidad de exteriorizar sin restricciones, las ideas y opiniones. La censura fue perenne instrumento de control social.

Es un logro irrenunciable de las revoluciones liberales frente a la situación inquisitorial<sup>13</sup> y opresiva de antiguos regímenes, que se caracterizaban por la existencia de controles y trabas a la libre difusión del pensamiento y la palabra.

La invención de la imprenta reforzó el poder de los monarcas absolutos y de la Iglesia sobre las publicaciones con la llamada «licencia de impresión» por la cual ningún librero, ni impresor de moldes, ni mercader, podía imprimir ni vender un libro sin la previa obtención de esta licencia concedida por las más altas autoridades según su gracioso criterio.

En estas circunstancias no es de extrañar que la libertad de expresión aparezca como uno de los mayores logros jurídicos de la Revolución Francesa, aunque en el fondo esta libertad beneficiara casi exclusivamente a la nueva clase que ascendía al poder: la burguesía. El triunfo del movimiento liberal en el siglo XVIII supuso un considerable avance en las ideas de progreso, secularización y creencia en las posibilidades del hombre. La exaltación del derecho del individuo lo libera del sentimiento de grupo, y aparecen los primeros instrumentos jurídicos en que es expresamente reconocida la libertad de expresión como derecho esencialmente humano; en 1789 la Declaración de los Derechos del Hombre y del

---

<sup>13</sup> Se da a esta palabra un valor simbólico porque es un disparate vincular las restricciones a la libertad de expresión procedentes de las instituciones religiosas, a la Inquisición nacida en el seno de la Iglesia Católica en el siglo XIII. Las luchas de religión que se prolongan hasta finales del siglo XVII se caracterizan por la posición dogmática y excluyente adoptada por todos los credos cristianos englobados en la reforma protestante y la contrarreforma católica.

Ciudadano, en sus artículos 10 y 11, y en 1791, la Primera Enmienda a la Constitución Federal de los Estados Unidos de Norteamérica.<sup>14</sup>

Ya en el siglo XIX, aquellos que en un principio defendieron con ahínco la libertad de expresión, una vez asentados en el poder, se convirtieron en sus peores enemigos.

## **2.- Concepto.**

Toda libertad personal adquiere fuerza mediante su expansión a través de la vía de la comunicación exterior. La libertad de expresión es, de los derechos fundamentales alcanzados frente al Estado, uno de los de mayor relevancia. Adquiere su reconocimiento oficial con la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789 en que se establece la libre comunicación de opiniones como uno de los derechos más preciosos del hombre.

En este sentido, un autor del siglo XIX, Alexis de Tocqueville, dirá que la opinión pública legitima al poder y al Estado y sitúa a la prensa como el elemento esencial para su formación.<sup>15</sup>

Por ella se permite exteriorizar el propio pensamiento y desarrollar la personalidad. Pero en la actualidad esta libertad evoluciona de un prisma individual a un prisma social, en que la opinión pública, entendida como la suma de puntos de vista que existen y se exteriorizan en una sociedad sobre cualquier tema, juega un papel fundamental.

Libertad de expresión es también sinónimo de tolerancia y relativismo. Y nos la define así el poeta Antonio Machado: "En una república...conviene otorgar al Demonio carta de naturaleza y de ciudadanía, obligarle a vivir dentro de la ley, prescribirle deberes a

---

<sup>14</sup> Cremades, Javier. *Los límites a la libertad de expresión en el ordenamiento jurídico español*. Editorial La Ley-Actualidad. Madrid. España. 1995. pp. 3 y ss.

<sup>15</sup> Tocqueville, Alexis de. *La democracia en América*. Volumen I. Alianza Editorial. Madrid. España. 1989. p. 168

cambio de concederle sus derechos, sobre todo el específicamente demoníaco: el derecho a la emisión del pensamiento. Que como tal Demonio nos hable, que ponga cátedra señores. No os asustéis. El Demonio, a última hora, no tiene razón; pero tiene razones. Hay que escucharlas todas."<sup>16</sup>

Es claro que todos los Estados deben imponer determinadas restricciones a sus ciudadanos a la hora de hablar y opinar. Algunas de ellas tan razonables como los insultos personales, la incitación al delito, o gritar ¡Fuego! en un teatro abarrotado de público; otras mucho más discutibles, pero igualmente legítimas cuando se trata de la preservación del orden social imperante. Contrario a lo que pueda pensarse, estas restricciones no son exclusivas de los países del llamado bloque socialista; el artículo 18 de la Ley Fundamental de Bonn, en la antigua Alemania Federal establece que perderán los derechos fundamentales de la libertad de opinión, particularmente de la libertad de prensa, quien para combatir el régimen fundamental de libertad y democracia, abuse de los mismos. En la calidad de esas limitaciones está el estado real de esa libertad.<sup>17</sup>

Tiene por ello en la doctrina la consideración generalizada de valor fundamental, y por ello, goza de una primacía frente a otros derechos de la personalidad como el honor y la intimidad. Pero no debe ser entendida esta afirmación esquemáticamente. No es un derecho absoluto e ilimitado, tiene su límite indiscutible en el respeto a los derechos reconocidos por la Constitución, y en el deber de respeto al derecho de los demás.

En ocasiones la denominación libertad de expresión puede resultar algo vaga, pues se presta para acuñar la manifestación, en la forma que sea, de todo lo que se siente o piensa, bien sea por medio de transmisiones del pensamiento, o mediante el lenguaje, la escritura, los símbolos, la mímica, los gestos, la actitud e incluso la acción. Por eso los autores italianos prefieren hablar de «*liberta de manifestazione del pensiero*», los franceses de «*liberte de communication*» y los alemanes de «libertad de exteriorización».

<sup>16</sup> Machado, Antonio. *Juan de Mairena*. Editorial Castalia. Madrid. España. 1971. p. 44.

<sup>17</sup> Aguilera Fernández, Antonio. *Ob.cit.*

**La libertad de expresión puede definirse como el derecho a difundir públicamente por cualquier medio y ante cualquier auditorio, los pensamientos, ideas, opiniones, cualquiera sea su contenido y el medio que se emplee, ya sea verbal, escrito, o utilizando alguno de los medios audiovisuales que se conocen. De todas estas formas de libertad la más importante es la libertad de prensa que supone el respeto a una comunicación pública libre.**

Es imposible realizar una jerarquización objetiva y admitida por todos de qué valores prevalecerán por encima de otros en los casos de una colisión. Siempre surgirán problemas relacionados con la determinación de la supremacía de derechos de igual contenido pero de distintos titulares —vida del feto o vida de la madre, por ejemplo—; o entre derechos de distinto contenido y titulares —libertad de información y derecho al honor, por ejemplo— y entre derecho de igual o diferente contenido y sujetos individuales y colectivos —libertad de expresión, moral pública, derecho a la información y seguridad del Estado, por ejemplo—.

### **3.- Diferencia entre ambas figuras.**

Expresión e información no son sino las formas de manifestación externa de la libertad de pensamiento, que no es más que la suma de libertades particulares tendentes al mantenimiento de la independencia o autonomía del espíritu de la persona.

Algunos tratadistas avalan la unificación de ambas figuras en un mismo concepto siguiendo lo que establece el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos y el Convenio de Roma en sus artículos 19.2 y 10.1 respectivamente, y amparados más que nada en motivos sistemáticos y metodológicos.

Pero para la inmensa mayoría restante, existen diferencias muy claras entre una figura y otra. Para O'Callaghan, libertad de expresión y el derecho-deber de información no son lo

mismo, pero éste va englobado en aquélla.<sup>18</sup> Para Bustos, la distinción entre ambos derechos nada tiene de novedosa, sin embargo, no siempre está presente en un sentido operativo y eficaz, confundándose una serie de condiciones o requisitos para el ejercicio de ambos derechos, como si fuera posible predicar los mismos respecto del derecho de libre expresión y del de libre información.<sup>19</sup>

La libertad de expresión atañe a elementos valorativos para la formación de una opinión, una idea, un pensamiento o un juicio de valor subjetivo que no se prestan a la demostración de su exactitud o veracidad. La información está relacionada con los hechos que pueden y deben someterse a la prueba de su veracidad. Pero no se exige que sea exacta, sino que se haya empleado una apropiada diligencia para su comprobación. De ello se deriva la mayor amplitud de la libertad de expresión frente a la de información, aunque cede siempre a la responsabilidad derivada de frases o afirmaciones injuriosas o vejantes, innecesarias a la esencia del pensamiento, idea u opinión, o que carezcan de interés público; y el mayor ámbito de acción de la libertad de expresión frente al más acotado de la libertad de divulgación de noticias.

Derecho a la información es el conocimiento de hechos que puedan encerrar trascendencia pública y que sean necesarios para la real y efectiva participación de los ciudadanos en la vida de la sociedad; es ajena a toda glosa, comentario o apreciación subjetiva. Por su parte la libertad de expresión garantiza la libre manifestación de pensamientos, ideas, opiniones y juicios de valor. Ello no significa que no puedan entremezclarse; hoy en la prensa es común encontrar la información sobre determinado hecho o acontecimiento, acompañada de una crítica personal, o comentarios de la noticia bajo un punto de vista particular o criterio ideológico de quien la difunde.

---

<sup>18</sup> O'Callaghan Muñoz, Xavier. *La libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. España. 1991. p.14.

<sup>19</sup> Bustos Puche, José Enrique. *¿Prevalece la libertad de expresión sobre el derecho al honor?* Editorial Tecnos, S.A. Número 39. Madrid. España. 1992. p. 12.

La distinción entre libertad de expresión y libertad de información se fundamenta entonces en dos características que sólo son propias de ésta última: la veracidad y el carácter noticiable de los hechos. Esta distinción entre pensamientos, ideas y opiniones, de un lado, y comunicación informativa de hechos por el otro, tiene decisiva importancia a la hora de determinar la legitimidad del ejercicio de estas libertades, pues mientras los hechos, por su materialidad, son susceptibles de prueba, los pensamientos y juicios de valor no se prestan, por su naturaleza abstracta, a una demostración de su exactitud, y no opera en ella el límite interno de veracidad.

**C.- Los derechos al honor, la intimidad, la propia imagen y la identidad personal como límites a los derechos a la información y a la libertad de expresión.**

¿Qué sucede cuando una persona ve atacada su intimidad o su honor a causa de una información o valoración sobre su persona difundida por cualquier medio? ¿Prevalece o no el respeto a la dignidad de la persona sobre estas libertades?

Como sucede en muchos otros casos, es la jurisprudencia o la labor interpretativa e integradora de los Tribunales, la encargada de marcar las pautas al momento de la determinación de la prevalencia de unos u otros derechos cuando se produce algún conflicto entre ellos, aunque los lineamientos generales estén contenidos en los textos constitucionales. La doctrina no se pone de acuerdo, y muchos autores se inclinan por afirmar que los derechos de la personalidad relacionados con el honor, la intimidad y la vida privada y la propia imagen, son límites absolutos a los derechos de información y expresión, otros por considerar que la libertad de expresión y el derecho a la información deben en todo caso prevalecer sobre los otros derechos, hasta posiciones que prefieren al análisis de cada caso concreto y de los bienes que jurídicamente se vulneran con la intromisión, para poder determinar la prevalencia de unos u otros.

Pero siempre debe regir como principio que el derecho a la información y la libertad de expresión se ejerciten conforme a los altos fines y dentro de las exigencias que le imponen

sus propias naturalezas, sin que cercenen o mermen otras libertades y derechos de la personalidad.

El contenido esencial de un derecho impone límites a su ejercicio en cuanto no puede amparar actuaciones que vayan más allá de aquel. Esto es todo un problema de delimitación, no de limitación. Cuando el ejercicio de un derecho fundamental dentro de un ámbito propio, incide en el ámbito de otro es cuando se produce la colisión que habrá de resolverse tratando de respetar al máximo el contenido esencial de cada uno, y si ello no es posible, dando primacía a uno de ellos, aplicando debidamente el principio de proporcionalidad, lo que es lo mismo, no puede hablarse de jerarquía de un derecho sobre otro, sino de equilibrio entre los mismos. Información, expresión, honor e intimidad están situados a un mismo nivel.

Las más arduas discusiones en torno a la autonomía del derecho a la identidad personal se originan cuando se trata de afrontar los reales o supuestos límites que tal situación impondría a los derechos a la información y de libertad de expresión. Asistimos al inocultable conflicto entre el interés prevalentemente individual que corresponde a la identidad personal, y el interés preponderantemente público de la circulación de informaciones. Como ocurre con los restantes derechos que en este apartado se describen como límites a los derechos fundamentales de expresión y de información, debe buscarse un mecanismo apropiado que salvaguarde estas libertades sin sacrificar el derecho a la identidad personal; ambos intereses son dignos de tutela jurídica, y ello nos llevaría a preguntarnos si debe prevalecer el derecho existencial a la identidad personal o si, por el contrario, debe garantizarse la correcta difusión y expresión de las informaciones en el respeto, de parte de los medios de comunicación social, no sólo a la verdad de los hechos sino también de la compleja situación moral, social y política en la cual el sujeto se reconoce e identifica.<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup> Boneschi, Luca. *La información y los derechos de la persona*. Editorial Jovene. Nápoles. Italia. 1983. p. 3.

### **1.- La necesaria ponderación de los derechos en conflicto.**

Los derechos fundamentales no son derechos absolutos, como no lo son los de la personalidad, consiguientemente al ejercitarlo se puede producir una colisión que hace necesario un análisis y una ponderación entre los derechos en juego para determinar cuál es el preferente. Todo derecho fundamental tiene su límite en el ejercicio adecuado del mismo.

El valor social de la libre expresión no es tampoco un derecho absoluto e ilimitado, sino que tiene que subordinarse en ocasiones a otros valores y consideraciones, a derechos igualmente importantes que merecen especial atención y protección, de tal manera que se logre la debida convivencia tan esencial dentro de la sociedad.

El honor, por su parte, es un derecho derivado de la dignidad humana, y está reconocido como fundamental por las Constituciones modernas conjuntamente con la intimidad, susceptibles de ser escarnecidos y humillados a través de la publicación de expresiones o hechos atribuidos a una persona cuando la difamen o la hagan desmerecer en el concepto público. Pero no se trata tampoco de valores absolutos, permanentes e inmutables, y su tutela puede verse restringida por ciertos condicionamientos provenientes de la ley o los valores culturales o sociales de la comunidad, y del propio concepto que la persona tenga de su comportamiento. Ambos tipos de derechos —honor/intimidad e información/expresión— se inspiran y reciben su fuerza legitimadora de dos fuentes diferentes, y en función de ello los límites de las libertades mencionadas han de interpretarse restrictivamente, en la medida que ello no redunde en perjuicio de su propia esencia.

La dualidad de vías civiles y penales para combatir las agresiones contra el honor es un fenómeno que existe en la mayoría de las legislaciones, pero con el predominio paulatino del uso del proceso civil. Es un absurdo declinar los asuntos a la jurisdicción penal, con el argumento de que son constitutivos de delito. Si se acude ante el juez civil ejercitando una acción civil apoyada en hechos que el actor no pretende en ningún momento calificar de naturaleza penal, sino constitutivo de un ilícito civil, no hay razón para que se declare

incompetente el juez, y se recalifique una acción puramente civil salvo que se plantee una cuestión prejudicial penal de manera expresa.

Varios son los elementos a tomar en cuenta para los casos en que se produzca una colisión entre el derecho al honor y las libertades de expresión e información, que dependerán de las circunstancias del caso y la importancia de cada uno de los valores en conflicto, las ideas que prealezcan en cada momento en la sociedad, y el propio concepto que cada persona, según sus actos propios, mantenga con respecto a las pautas de comportamiento asumidas.<sup>21</sup>

La delimitación de la colisión entre tales derechos debe hacerse caso por caso y sin fijar apriorísticamente los límites entre ellos, teniendo en cuenta la posición prevalente y no jerárquica o absoluta, que sobre los derechos de la personalidad ostentan las libertades de expresión y de información. No deben considerarse en forma sistemática derechos preferentes sobre otros, sino que lo que se impone es una obligatoria ponderación o examen de los bienes jurídicos en discordia.

Cuanto mayor sea el interés de contar con una sociedad democrática, tanto mayor ha de ser el interés en mostrar la verdad histórica, la información leal y correcta, a fin de que el ciudadano pueda escoger, con conocimiento de causa, y no basado en datos deformados o falsificados, las alternativas que surgen de la verdad de los hechos; en el centro del problema se sitúa la verdad y la historicidad de los hechos que la información pone de manifiesto. Tratar de analizar serena y objetivamente el problema de la colisión entre el derecho a la información y de la identidad personal, exige precisar los confines dentro de los cuales debe ser tutelada esta última como expresión de la libertad de ser «uno mismo», delimitar los espacios jurídicos que corresponden a la identidad y a la información respectivamente en caso de conflicto de intereses.

---

<sup>21</sup> Cremades, Javier. Ob.cit. pp. 135 y ss.

Las posiciones que adoptan los juristas en la materia referida a la confrontación entre los derechos a la identidad personal y a la información oscilan desde la que dispensa una entusiasta acogida al nuevo derecho de la personalidad, hasta la que rechaza esta nueva figura en tanto constituiría un peligroso atentado contra la libertad de manifestación del pensamiento. Frente a la verdad de la persona y el respeto a la exactitud histórica del dato, un sector de la doctrina opta por privilegiar la libertad de expresión, por considerarla un logro indispensable para la convivencia civilizada y democrática que no admite el más mínimo riesgo de intervención y de limitación.

Pero felizmente prevalece la opinión que estima que es un deber de la ciencia jurídica encontrar un sistema que compatibilice los intereses representados por el honor, la intimidad, la propia imagen y, específicamente, la identidad personal, de una parte, y de la otra, por el derecho a informar y a ser informado, en tanto ambos son derechos esenciales de la persona.<sup>22</sup> La conciliación entre todos estos derechos dignos de tutela se deriva de la ineludible tarea del Derecho de amparar por sobre todas las consideraciones a la persona humana, y sólo a través de una evaluación objetiva es posible definir y precisar el real perfil, la proyección social de un individuo, de su identidad personal o su honor.

Los riesgos previsibles ante una situación de conflicto entre cualquiera de estos dos tipos de derechos —de la personalidad y fundamentales— disminuirán en relación directa con la madurez cívica, el desarrollo cultural, la sensibilidad democrática, las concepciones éticas, y la estabilidad socioeconómica de un pueblo, que deberán resolverse con el más justo equilibrio entre la protección que debe dispensarse a ambos intereses, entre el respeto de la persona humana y la garantía de las libertades de expresión e información.

---

<sup>22</sup> Ibid. p. 139.

**2.- Requisitos exigidos a las libertades de información y expresión para que sean estimados como derechos preferentes.**

**2.1.- Trascendencia pública de la información.**

Uno de los elementos a tomar en consideración es el carácter público o privado de los sujetos y hechos que son objeto de la colisión. Se trata de un requisito que afecta más directamente al derecho a la intimidad, pues se considera el derecho a la información un *primus inter pares* por sobre aquel cuando se refiera a intereses de carácter público.

La necesidad de la trascendencia pública —hechos noticiables o personas de relevancia pública— viene dada por el objetivo de estas libertades: la formación de la opinión pública.

Siempre prevalecerán las libertades de expresión e información cuando se trate de asuntos de interés general, sea por la materia o por las personas que en ellos intervienen, alcanzando el máximo de eficacia justificadora frente al derecho al honor o la intimidad, en cuanto sus titulares son personas públicas, que ejercen funciones públicas o resultan implicadas en asuntos de relevancia pública, obligadas por ello a soportar un cierto riesgo de afección en sus derechos subjetivos de la personalidad.

Si se afecta a personas individuales no públicas y sin interés público, y por tanto, la difusión y los enjuiciamientos fueran innecesarios, el derecho al honor juega en un grado mayor frente a estas libertades.

Ello no significa que las personas públicas queden enteramente desamparadas frente a la actuación de los medios de comunicación; en su esfera íntima tampoco deben sufrir ataques, es decir, la revelación de hechos relativos a ellos que, aunque veraces, carezcan de relevancia pública y excedan el ámbito de su intimidad, constituye una intromisión ilegítima; debe en todo caso tratarse de aquellas actividades derivadas de su gestión pública. Lo propio

ocurre con el derecho a la propia imagen, que debe ser igualmente preponderante en los supuestos de personas públicas sorprendidas y captadas sus imágenes en momentos que han reservado para su disfrute privado.<sup>23</sup>

Una información que revele aspectos íntimos de una persona, que carezcan de interés público por estar desconectados con la actividad profesional de la misma, y que se publiquen con afán morboso, de cotilleo, sensacionalista o con ánimo de injuriar, será del todo inadmisibile.

Los personajes públicos son víctimas apetecibles y con frecuencia sacrificadas a la curiosidad y al mal gusto público por quienes utilizan los medios de comunicación social como medios de deformación social; no se trata ya de verdad sino de discreción. Por célebre que una persona sea siempre tiene una esfera reservada que desea conservar de la curiosidad ajena, y quienes fomentan lo contrario no hacen más que alimentar la morbosidad popular, la malignidad y el gusto por el escándalo.

## 2.2.- Ausencia de expresiones vejatorias innecesarias para la función comunicadora.

Otro elemento indispensable a tener en cuenta es la adecuación y moderación de las expresiones, y el excesivo verbalismo en el ejercicio de estas libertades públicas, —que es generalmente signo de la presencia de un *animus iniuriandi*— hasta el punto de producir un grave desequilibrio por su uso desproporcionado, que ocasiona evidentes daños al derecho al honor, sobre todo si no son necesarias para la defensa de la crítica expuesta en la noticia e irrelevantes para el interés público de la información.

---

<sup>23</sup>En el diario "El País", el sábado 12 de enero de 1980, p. 40, salió la siguiente información: "Carolina de Mónaco recibirá 1.316.800 pesetas en conceptos de daños y perjuicios de la revista *Photo*, que publicó fotografías en las que la princesa aparecía parcialmente desnuda. La sentencia que obliga a los editores de la mencionada revista a pagar esa cantidad fue dada a conocer ayer en París por los jueces que estudiaron la demanda de Carolina. El Tribunal determinó que la publicación de las fotografías no constituía una invasión de la intimidad, dado que fueron tomadas mientras la princesa se encontraba en una embarcación próxima a la costa, por lo que podía ser vista por otras personas. Sin embargo, el fallo añade que todos los seres humanos tienen un derecho exclusivo sobre la utilización de su imagen y el derecho a oponerse a su publicación no autorizada. La sentencia supone un duro golpe para los que han hecho del teleobjetivo un medio poderoso para acercar a sus cámaras lo que los personajes públicos quisieran dejar fuera de foco."

El límite en este caso vendrá fijado en las expresiones injuriosas que para nada se relacionen, en los insultos o imprecaciones, en las expresiones vejatorias, despectivas y superfluas para el cumplimiento de la función comunicadora. "La información que sirve para canalizar expresiones propias de un lenguaje soez y desmedido, no hay razón para que goce de protección especial, cuando lesione el honor de un ciudadano. Ello no supone el que se impidan el empleo de expresiones y calificativos duros, si constituyen formas útiles de expresar ideas."<sup>24</sup>

La falta de razonabilidad y la desmesura en el ejercicio de la crítica justifican una restricción de las libertades de expresión e información, pero hay que saber distinguir la crítica de una conducta comprobada por muy penosa, dura, extrema o hiriente que pueda resultar, de los insultos, vejaciones y descalificaciones personales. El respeto a la dignidad de la persona es un principio que debe inspirar todo el ordenamiento, y el fortalecimiento de la opinión pública nada tiene que ver con la diversión, ni el espectáculo a costa de la dignidad humana.

### **2.3.- La veracidad de la información.**

La veracidad es otro de los elementos exigible a la libertad de información, no así a la libertad de expresión como ya hemos apuntado. La explicación de esta exigencia es clara; para crear una opinión es necesario que si se parte de un determinado hecho, éste sea veraz, es decir, conseguido cumpliendo un canon razonable de cuidado profesional y de honestidad por parte del informador. Se produce una extralimitación del derecho a la información cuando falta la objetividad y neutralidad que deben caracterizar a las noticias ofrecidas por la prensa.<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> Concepción Rodríguez, José Luis. *Honor, intimidad e imagen*. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. España. 1996. p.210.

<sup>25</sup> Cremades, Javier. Ob.cit. pp. 233 y ss.

Desantes sostiene que "información y verdad son términos correlativos. Una información que no sea verdadera no solamente constituye una carencia de información, sino algo peor. La información falsa es inferior a nada...la información no verdadera constituye una corrupción de la información."<sup>26</sup>

No se trata de verdad absoluta, exigencia que no haría más que liquidar la libertad de información, sino que lo que se exige es que el informador haya actuado de forma honesta y diligente, y haya llegado a la convicción de que lo que publica es verdad; que la información se haya obtenido rectamente, aunque su exactitud sea controvertible; no se tutela a la conducta negligente, ni a quien comunique como hechos, simples rumores, invenciones o insinuaciones insidiosas.

El deber de veracidad queda satisfecho cuando el informador ha hecho todas las comprobaciones que estaban a su alcance para constatar su información, y ha actuado con prudencia en la búsqueda de la verdad. Excluye tanto la falsedad total como la presentación maliciosa de la realidad o la ocultación, a propósito, de datos conocidos por el informador, con el objeto de dañar o distorsionar la verdad.

Todas las personas tienen derecho a disfrutar de una esfera privada que quede libre de cualquier injerencia externa, y toda información que viole este derecho, aún cuando sea veraz, vulnera el derecho a la intimidad. Por ello este requisito juega sólo con respecto al derecho al honor; mediante la difusión de hechos falsos se puede lesionar el honor de las personas y nace así el derecho de rectificación como respuesta inmediata a informaciones que perjudiquen sus derechos e intereses legítimos.

El concepto de veracidad, dicho todo lo anterior, se compone de los elementos siguientes:

---

<sup>26</sup> Desantes, José María, *La información como derecho*. Editorial Nacional. Madrid. España. 1974. p. 362.

a.- La información ha de versar sobre hechos *objetivos y reales*. No se trata de transmitir friamente la narración mecánica de un acontecimiento; los hechos se pueden valorar, pero no manipular para desvirtuarlos.

b.- Los hechos han de ser *comprobados* razonablemente. No es veraz, por tanto, la noticia que se da como verídica, pero que sólo se sustenta en rumores, invenciones o insinuaciones.

c.- No hace falta que el hecho sea exacto o incontrovertible, ya que la naturaleza de la información periodística no requiere de la investigación exhaustiva del hecho. Lo que da veracidad a la difusión es la *diligencia* en la averiguación, que se haya hecho lo posible para dar la información de la forma más correcta y se haya tenido una *actitud positiva* hacia la verdad: que se ha actuado con el celo suficiente para llegar a la convicción de que el hecho es razonablemente veraz.<sup>27</sup>

La prueba de la verdad o *exceptio veritatis*, exime de responsabilidad al informador, salvo en la esfera del derecho a la intimidad.

En resumen, la posición que se asuma al momento de decidir un conflicto entre las libertades de expresión y de información y los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen deben contar con los siguientes presupuestos:

- Ningún derecho fundamental o libertad pública puede imponerse absoluta e ilimitadamente sobre los demás, sino que encuentra sus límites en los derechos de otras personas, en los fijados por la ley, o en aquellos impuestos por la necesidad de proteger otros bienes o derechos de igual rango.
- No obstante, estas libertades no tienen únicamente el carácter de fundamentales, sino que sustentan una institución política fundamental, que es

---

<sup>27</sup> Ibid. p. 238.

la formación de la opinión pública libre. Este interés les otorga una jerarquía preponderante sobre el derecho al honor cuando está en juego la participación efectiva en la formación de la opinión en cuestiones de importancia para la vida de la sociedad.

- Para que se justifique como valor preferente la legitimidad de las intromisiones en el honor y la intimidad, se requiere de la veracidad de la información, el interés general de la misma, y la ausencia de expresiones insultantes. Esta libertad sólo es posible sustentarla y defenderla si se basan en la verdad. "La mentira no tiene protección constitucional, porque en nada contribuye a la formación de una opinión pública libre y robusta ...".<sup>28</sup>
- Una cosa es el derecho a la libertad de expresión e información, y otra, la emisión de expresiones, informaciones o calificativos vejatorios, desvinculados de la opinión o información, y que resultan únicamente descalificatorios o insultantes, sin aportar nada en la formación de la opinión pública libre. Por ello debe tenerse presente que se está en presencia de una concurrencia normativa de derechos y libertades igualmente vinculantes, en que se deberá ponderar en cada caso las circunstancias que concurren para determinar qué derechos deben prevalecer.
- Debe determinarse si estamos ante un caso de libertad de expresión o de libertad de información, pues una tiene por objeto ideas, pensamientos, opiniones y juicios de valoración subjetiva y sólo encuentra su límite en el excesivo uso de expresiones injuriosas y ociosas para la exteriorización de ese pensamiento, y la otra tiene por objeto aquellos hechos que puedan catalogarse de noticiables, y, además de los anteriores elementos, debe contar con la veracidad y la debida diligencia del informador.

---

<sup>28</sup>González, Jesús de Antonio. *La interpretación del Tribunal Constitucional en materia de libertad de expresión*. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Número 80. Anuario. Madrid. España. 1993. p. 20.

- Sin embargo, en el caso de la intimidad estos criterios no cuentan. Se trata de un bien que atañe directamente a la dignidad, y la preservación del mismo sólo puede ceder cuando lo difundido afecta, por su objeto y valor, al ámbito de lo público. De los conflictos planteados en las sociedades modernas es seguramente de los fundamentales.<sup>29</sup> Pero se trata de armonizar ambos tipos de interés, el público a la información y el privado a la intimidad; el primero deja de existir en el momento en que se viola la esfera de la intimidad de las personas.
- El principio romano *neminem laedere* debe adquirir en esta materia una concreción para evitar intromisiones indiscretas, sin que valga la justificación de los que sostienen que es público todo lo que sea de interés para otros de conocer las intimidades ajenas, y que por ello hay que proporcionárselas. En el caso del derecho a la intimidad, la información lo lesionará en todos aquellos casos en que se pone en conocimiento público, hechos o circunstancias de la vida de una persona o de su ambiente privado, que ha querido mantener apartado de los demás.
- El carácter público o privado de la persona afectada debe determinarse, así como la relevancia pública del hecho o sus consecuencias, y el vehículo empleado para la transmisión de la información, mereciendo más protección los medios de comunicación social ante los clandestinos, o irregulares. La libertad de información se amplía cuando se trata de una persona pública expuesta inevitablemente, por razón de su cargo o participación en un hecho

---

<sup>29</sup>Uno de los problemas más característicos es el conflicto planteado por el asedio de la prensa a la intimidad de personalidades célebres, que constituye lo que los italianos llaman *paparazzi*. Otra cuestión es la relacionada con la información de hechos delictivos, que a pesar de la conveniencia de su divulgación cuando se refiere a asuntos de interés general, generalmente lo que se busca con este tipo de noticias es el sensacionalismo. El derecho a la información una vez abierto el procedimiento penal o civil implica la facultad de comentar y criticar los resultados de las indagaciones y declaraciones, sin interferir en la administración de justicia, ni violar la intimidad de las personas implicadas en él de una forma u otra, ni de sus familias, respetando en todo momento el secreto de las actuaciones judiciales.

de interés general, a una fiscalización constante de sus actos y gestos. En cambio, cuando se trata de personas privadas, no se ha elegido voluntariamente este riesgo, por lo que los derechos de expresión e información están en igualdad de condiciones con los restantes derechos, sin que sea dable reconocerle prevalencia alguna.

Clavería establece la preferencia de los derechos de la personalidad sobre las libertades de expresión e información, pero dicha preferencia queda restringida a los casos en que no concurra un interés público, que sólo puede ser satisfecho a través de la lesión de la intimidad, el honor y la propia imagen; si dicho interés público concurre, prevalecerán las aludidas libertades.<sup>30</sup>

En resumen, las libertades de información y expresión prevalecerán sobre el honor, la intimidad y el derecho a la propia imagen, siempre que funcionen como vehículo institucional para la formación de una opinión pública libre. Los requisitos que las convierten en un *primus inter pares* son la veracidad (excepto para lo concerniente a la intimidad), la ausencia de insultos o expresiones vejatorias excesivas e irrelevantes para la función comunicadora, y el carácter noticiable o trascendencia pública del contenido o los sujetos a las que se refieren. Si estos requisitos se cumplen conjuntamente, las libertades de expresión y de información prevalecerán en todo caso sobre los derechos de la personalidad a que atañen.

### 3.- El derecho de rectificación.

Estudiados los límites a las libertades de expresión e información con respecto al honor, la intimidad y la imagen, corresponde determinar qué garantías debe establecer el ordenamiento jurídico cuando estos límites son rebasados. El derecho de rectificación es una de las vías que pudieran arbitrarse para ello.

---

<sup>30</sup>Clavería Gozávez, Luis Humberto. *Libertad de expresión e información y derecho al honor. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 24 de octubre de 1988*. Revista Jurídica Española La Ley. Tomo 1989-1. Madrid. España. pp. 1248 y 1249.

La doctrina francesa ha distinguido tradicionalmente entre derecho de réplica y derecho de rectificación, según el carácter privado o público de la persona que lo ejercita.

El derecho de rectificación consagrado en algunas legislaciones especiales sobre prensa,<sup>31</sup> asiste a toda persona física o jurídica que se siente lesionada por una información publicada en cualquier medio de difusión —sea por considerarlos inexactos, o porque su divulgación le cause perjuicio— de enviar al citado medio, para su inmediata publicación, un escrito replicando esas alusiones. Tiene una finalidad preventiva, independiente del daño que se cause.

Es decir, el derecho de rectificación se articula únicamente como un medio del cual se dispone para prevenir o evitar el perjuicio que una determinada información pueda irrigar a una persona en su honor o en cualquiera de los otros derechos o intereses que les corresponda, cuando considere que los hechos lesivos no son exactos. Sólo jugará su papel en los hechos, y no sobre las opiniones.

Esta corrección versará sobre los hechos que el perjudicado considere que si son los verdaderos, pero no mediante comentarios personales que enjuicien la información previamente difundida; es decir, se trata de hacer pública en el mismo medio de comunicación, una versión de los hechos distinta que corrija a la información anterior.

Es un mecanismo importante para evitar los procesos por libelo de los que puede resultar descrédito y sanciones difíciles de sobrellevar. Es un instrumento o garantía procesal de otros derechos o intereses legítimos, y consecuencia o manifestación de la libertad de expresión y del derecho a comunicar información. No se trata de una limitación al derecho a la información porque no obliga al medio de comunicación a desdecirse de lo informado

---

<sup>31</sup>En España por ejemplo, existe la Ley Orgánica número 2/1984 de 26 de marzo reguladora del derecho de rectificación.

anteriormente, sino que su obligación se reduce a publicar o divulgar la rectificación con una relevancia semejante a aquella, sin comentarios ni apostillas.<sup>32</sup>

Los antecedentes del derecho de rectificación se remontan a los finales del siglo XVIII y se asocia con la Revolución francesa. El 25 de marzo de 1822 se sancionó en Francia una ley cuyo artículo 11 prescribía:

“Los propietarios de todo diario o escrito periódico están obligados a insertar dentro de los tres días de la recepción o en el número más próximo, si éste no se publicase antes de la expiración de los tres días, la respuesta de toda persona nombrada o designada en el diario o escrito periódico, bajo pena de multa de cincuenta a quinientos francos...Esta inserción será gratuita y la respuesta podrá tener el doble de la extensión del artículo a que se refiera.”<sup>33</sup>

El bien jurídico que se protege es el derecho o interés vulnerado con la información que puede ser el honor o la intimidad, y no el derecho del público a recibir una información veraz. Actúa sólo indirectamente como garantía de la veracidad informativa y refuerza la garantía institucional de la libre formación de la opinión pública.

#### **D.- Doctrina legal y legislación comparada.**

El proceso por libelo procede del Derecho inglés, tratándose como acciones civiles entre dos sujetos privados: difamador y difamado. La libertad de expresión siempre había sido históricamente en Inglaterra una libertad mucho menos regulada e interferida por el Poder público que en los países continentales, al punto de que las leyes aprobadas desde los tiempos de la Reina Isabel I sobre la prensa, son numéricamente muy inferiores a las promulgadas en Francia a partir de esa fecha, por ejemplo.

<sup>32</sup> Cremades, Javier. *Ob.cit.* p. 255.

<sup>33</sup> Ballester, Eitel C. *Derecho de respuesta*. Editorial Astrea. Buenos Aires. República Argentina. 1987. pp. 1 y ss.

Los pleitos por ofensas recibidas de la prensa se solventaban en los Tribunales ordinarios bajo el imperio de las leyes civiles ordinarias sobre el daño, y sólo los libelos particularmente graves eran perseguidos como delitos, procedimientos que raras veces se daban en la práctica. Pero el Derecho inglés cuenta con un conjunto de excepciones que matizan los procesos de responsabilidad por difamación, que dan un trato particular a expresiones o manifestaciones que, aunque contengan un explosivo contenido agravante, cuentan con el régimen de «*absolut privilege*» o de «*qualified privilege*», que las excluye de responsabilidad.<sup>34</sup>

Estas excepciones que han sido elaboradas por la jurisprudencia y algunas están recogidas en la *Difamation Act* de 1952, aluden generalmente a frases o expresiones que han sido dichas por personas públicas o políticas en el ejercicio de las funciones propias de su cargo o en el cumplimiento de sus obligaciones, o que se refieren a actos, documentos o personas de relevancia política o pública. En todos estos casos opera la exención práctica de responsabilidad.

Sólo prosperaría una acción de responsabilidad, si es posible probar que el autor de las manifestaciones difamatorias ha actuado con «*express malice*».<sup>35</sup> Por otra parte, en el derecho anglo-americano han quedado marginadas enteramente las vías penales en beneficio del empleo ordinario de vías civiles para las reclamaciones de esta naturaleza.

En el Derecho francés, como ocurre en el resto de los países continentales de Europa, existe una legislación especial para la solución de estos conflictos y las ofensas producidas desde la prensa reciben un tratamiento público, de manera que son reprimidas

---

<sup>34</sup> Álvarez Véliz, María Isabel y María Fuencisla Alcón Yustas. Ob.cit. p. 593.

<sup>35</sup> Este es un concepto tradicional del Common Law que se usa para determinar cuándo manifestaciones hechas en ocasiones bajo el manto del «*absolute o qualified privilege*» pueden, no obstante, determinar la responsabilidad del agente, y ha sido ampliamente desarrollada por la jurisprudencia en la decisión de la Cámara de los Lores en el caso, *Horrocks vs Lowe* de 1975, en que queda determinado que cuando un sujeto amparado en las aludidas situaciones de privilegio hace manifestaciones o expresiones que pueden resultar difamatorias, la exención de responsabilidad queda destruida si se prueba que el desecho de injuriar era el motivo dominante en la publicación. Cfr. Muñoz Machado, Santiago. *Mitos, insuficiencias y excesos de la construcción jurídica de las acciones por difamación*. Revista del Poder Judicial, número 1. Mayo de 1986. Madrid. España. pp. 19 y ss.

con procedimiento de Derecho público (administrativo y penal). La Ley de Prensa de 1868 establecía un procedimiento simplificado en protección del honor, que fue derogado por la Ley sobre la Libertad de Prensa de 29 de julio de 1881, en la que se tipifican los delitos contra el honor, diferenciándose la injuria, en la que se formula un juicio de valor, de la difamación, en la que se imputa un hecho. Sólo excepcionalmente, y por razones de interés público, se admitía la prueba de veracidad, hasta que en 1944 esta ley fue modificada y lo que era excepción se convierte en regla admitiéndose la *exceptio veritatis* en la mayoría de los casos.

La Ley de 17 de julio de 1970 sobre el derecho a la intimidad modifica determinados artículos de los Códigos civil y penal sobre la vida privada, y se olvidó de regular la protección al honor de las personas, que sigue hoy rigiéndose por la Ley de 1881. La Ley de 6 de enero de 1978 relativa a la informática y los ficheros, establece que ninguna decisión judicial, administrativa o privada que implique la apreciación de un comportamiento humano, podrá tener por fundamento un tratamiento automatizado de la información que refiera una definición del perfil o de la personalidad del interesado. La jurisprudencia, por su parte, ha venido disponiendo en favor de la víctima el derecho a que se ponga fin a la divulgación de los hechos reservados cuando ésta ha tenido lugar, y de evitarla con la incautación judicial de publicaciones y hojas impresas con las que se pretende llevarla a cabo.<sup>36</sup>

En el Derecho italiano no existe una norma constitucional expresa que autorice al legislador ordinario a regular el ejercicio de estos derechos y libertades; sólo el artículo 2 garantiza y reconoce de forma general y abstracta los derechos inviolables del hombre. Con relación al honor existe la posibilidad del secuestro de la prensa en los casos de delito, y siempre que la ley de prensa lo autorice. Las Leyes de 8 de abril de 1974 y de 18 de mayo de 1978 regulan las comunicaciones de la vida privada y las interceptaciones telefónicas, aunque no hacen alusión directa al derecho al honor y la intimidad.

---

<sup>36</sup> Muñoz Machado, Santiago. Ob.cit.

Como en la mayoría de los restantes países de Europa continental, el conflicto entre libertad de expresión e información y el derecho al honor y a la intimidad, eran contemplados en los Códigos penales, con los delitos de injuria y difamación. Los países de Europa central parten de la premisa de considerar penalmente irrelevantes las manifestaciones que resultaren verdaderas aunque incidieran negativamente sobre el honor; y en los Códigos penales del área latina —Italia y España— se mantiene una posición más restrictiva en el campo de la prueba de la verdad.<sup>37</sup>

En el Código civil federal alemán se castigan los actos que lesionen la vida, la integridad física, la salud, la libertad, el patrimonio, y cualquier otro derecho de la persona con la obligación de indemnizar los daños. La jurisprudencia del Bundesverfassungsgericht alemán (Tribunal Federal Constitucional) se inclina por dar preponderancia a la libertad de expresión cuando a través de ella se interviene en un tema de interés para la opinión pública, pero la admisión de esta presunción se somete por el Alto Tribunal alemán a una serie de condicionantes, el primero y fundamental de ellos, la verdad de las afirmaciones. Esta verdad es entendida como el cumplimiento de un deber elemental de comprobación, más que como la falsedad o veracidad de los hechos expresados e informados, y depende del carácter de la noticia, la valoración de la misma y la forma en que se presenta.

Otras de las condicionantes son que se esté contribuyendo a la formación de la opinión pública, cuestión que es analizada por el Tribunal en cada caso; y la finalidad perseguida por el sujeto, es decir, que sea la formación de la opinión pública y no responda a intereses privados. En la jurisprudencia alemana se entiende que las verdades no son nunca injurias, ya que esta viene acompañada siempre de imputaciones falsas.<sup>38</sup>

En la doctrina legal emanada del Tribunal Constitucional español, ha quedado configurada la solución de los conflictos entre los derechos de la personalidad amparados en el artículo 18.1 y las libertades amparadas en el artículo 20.1, ambos de la Constitución de

---

<sup>37</sup> Idem.

<sup>38</sup> Idem.

1978. Pero se han atravesado varias etapas que van desde las posiciones que hacen prevalecer el honor, la intimidad y la propia imagen a la libertad de expresión e información; pasando por la posición en que se prefería la necesaria ponderación entre los intereses en conflicto, distinción que queda marcada por la sentencia 104 de 17 de julio de 1986 del Tribunal Constitucional español en que las relaciones entre la libre información y el honor no son contempladas como la de un derecho preferente y otro de régimen ordinario, sino como si se tratara de dos derechos completamente equiparados; y la posición más reciente en que se estima que estas libertades gozan de un carácter prevalente debiéndose interpretar restrictivamente sus límites para evitar que el núcleo de la libertad de expresión o de información quede desnaturalizado, y se comienza a considerar que el propósito de la crítica excluye la injuria si se ejerce correctamente aunque contenga expresiones malsonantes.<sup>39</sup>

En la doctrina legal norteamericana se ha alcanzado un vasto desarrollo y una evolución significativa en el examen de estos conflictos. La postura que actualmente se asume tiene su origen en la sentencia que en 1964 resuelve el caso *New York Times vs Sullivan*, pues hasta ese momento los pleitos por difamación se desenvolvían como acciones civiles por daños, en que era primordial demostrar si había existido lesión al honor y la condena era así inmediata, no cuando se demostraba la verdad de las afirmaciones. Se daba prioridad a la honra en el conflicto entre estos derechos con la existencia de la presunción general de que los daños se han producido; con el supuesto de que la noticia fuera cierta, bastaba un simple error de detalle para que procediera la condena.

A partir de 1964 la posición cambió al incorporarse los principios de la Constitución y en particular de su Primera Enmienda, a los pleitos por libelo, siendo examinadas las reclamaciones a la luz de las exigencias de la libertad de prensa proclamadas en esta Enmienda constitucional.<sup>40</sup> En esta sentencia el Tribunal Supremo de los Estados Unidos hizo una brillante exposición sobre la posición de la prensa en esa sociedad.

---

<sup>39</sup> Cfr. Sarazá Jimena, Rafael. *Libertad de expresión e información frente a honor, intimidad y propia imagen*. Editorial Aranzadi, S.A. Pamplona. España. 1995. pp. 55 a la 72.

<sup>40</sup> La Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos establece que el Congreso no podrá hacer ley alguna que restrinja excesivamente la libertad de expresión o la libertad de prensa.

Los hechos que motivaron la demanda fueron los siguientes:<sup>41</sup> Sullivan, Jefe de la Policía de Montgomery, en el Estado de Alabama, demandó al periódico *New York Times*, por la publicación, el 29 de marzo de 1960, de un anuncio firmado por un Comité para la defensa de Martin Luther King, arrestado por esos días en Alabama, en que se denunciaba la represión con medios contundentes efectuada por la policía de Montgomery a una manifestación pacifista de los estudiantes del sur que se desarrollaba en la escalinata del Capitolio de este Estado de la Unión Americana.

En la publicación no se menciona el nombre del Jefe de la Policía, pero sintiéndose aludido reclamó 500 mil dólares de indemnización. El Juez que resolvió en la instancia, claramente segregacionista y racista, permitió todo tipo de excesos a los abogados del reclamante y dispuso la condena en los términos interesados, pues, como venía ocurriendo, bastaba alegar la lesión para que se condenara, lo cual era inevitable si existía la más mínima distorsión de la verdad, como ocurrió pero de manera irrelevante y ridícula, en la publicación de los hechos.

La sentencia fue confirmada por la Suprema Corte de Alabama y se estableció recurso ante la Corte Suprema Federal en que se declaró la inconstitucional de las leyes de Alabama sobre libelo, contrarias a la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos. En ella se introduce un cambio fundamental en la solución de los conflictos entre la libertad de expresión y los derechos de la personalidad al considerar que la condición de «*public officials*» de la persona objeto de la información hace que queden incluidas dentro de la libertad de expresión, afirmaciones de hechos falsos, salvo que se pruebe la «*actual malice*» del que efectúa la publicación, es decir, la consciente falsedad de la noticia que se publica o el notorio desprecio por la verdad. El interés público se vincula a un doble criterio: la condición de funcionario, y que se trate de un tema relativo a su actividad; así

---

<sup>41</sup> Cfr. Muñoz Machado, Santiago. *Libertad de prensa y proceso por difamación*. Editorial Ariel. Barcelona. España. 1987. pp. 88 a la 106.

prosperarían las reclamaciones por difamación cuando la agresión al honor fuera dirigida a la persona y no cuando se dirija al órgano que representa.

En el campo supraestatal rige el Convenio Europeo de Derechos Humanos suscrito en noviembre de 1950 para la solución de los conflictos entre estas libertades y el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen. Esta regulación rompe con los esquemas tradicionales del Derecho internacional al permitir que una persona individual, o una organización no gubernamental o un grupo de particulares, deduzcan directamente una demanda contra un Estado ante un órgano internacional; con la actuación constante del Tribunal se ha producido, un cuerpo de doctrina rica y diversa sobre la protección de los derechos fundamentales del ciudadano, con marcada inclinación a la protección de las libertades de expresión e información sobre los derechos de la personalidad reconocidos también como derechos fundamentales por las Constituciones de los Estados.

La sentencia dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el 8 de julio de 1986 en el llamado caso Lingens ha ofrecido un punto de partida para el manejo de criterios interpretativos que permiten el máximo despliegue de la eficacia jurídica del artículo 10 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos que regula la libertad de prensa. Los hechos fueron los siguientes:<sup>42</sup>

En el mes de octubre de 1975, después de las elecciones generales austríacas, el Sr. Wiesenthal, Presidente del Centro de Documentación Judía, acusó en una entrevista televisada al Sr. Friedrich Peter, Jefe del Partido Liberal, de haber sido miembro de una brigada de las SS, autora de varias matanzas en la etapa del nazismo alemán. El acusado negó haber pertenecido a ella, pero sí haber participado en estos actos. Al día siguiente el Sr. Bruno Kreisky, Canciller saliente y Jefe del Partido Socialista, respaldó al Sr. Peter y calificó a la organización y las actividades del Sr. Wiesenthal de mafia política.

---

<sup>42</sup>Bolétín de Jurisprudencia Constitucional. Cortes Generales, número 75 del mes de Julio de 1987. Madrid. España. pp. 1143 y ss; y Cremades, Javier. Ob.cit. pp. 191 a la 199.

El periodista austriaco Peter Michael Lingens, redactor jefe de la revista *Profil*, publicó unos artículos en los que, entre otras cosas, criticaba la actitud del Canciller por apoyar al Sr. Peter y por su benevolencia para con los antiguos nazis que tomaban parte en la vida política del país, calificando su comportamiento de "inmoral e indigno".

El Sr. Kreisky promovió querrela contra el Sr. Lingens considerando injuriosos los citados artículos y el Tribunal estimó culpable por difamación al periodista, imponiéndole una multa. El Sr. Lingens se defendió en el recurso que estableció, bajo el supuesto de que se trataba de meros juicios de valor formulados en el ejercicio de su libertad de expresión garantizada por la Constitución y el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos, recurso que fue desestimado bajo el argumento de que el ejercicio de este derecho no era ilimitado, sino que encontraba cortapisas en el respeto a la reputación ajena, y que la función de la prensa era comunicar noticias dejando su interpretación a los lectores, sin que por demás se haya aportado ninguna prueba sobre la veracidad de sus afirmaciones.

En fecha 19 de abril de 1982, el Sr. Lingens reclamó ante la Comisión Europea de Derechos Humanos, que admitió la tramitación de la demanda elevándola al Tribunal Europeo de Derechos Humanos resolviendo el caso en Estrasburgo por sentencia de fecha 8 de julio de 1986, en cuyo fallo se declara violado el artículo 10 del Convenio en que se reconoce y garantiza el derecho de la persona a la libertad de expresión, que comprende la libertad de opinión y de recibir o comunicar informaciones e ideas sin intromisión de las autoridades públicas.

En la sentencia se explica la significación jurídica de la libertad de información, que no abarca únicamente las expresiones que se reciben con agrado, o resultan indiferentes, sino aquellas hirientes, ofensivas y molestas, siempre que resulten necesarias para transmitir la opinión; tiene en cuenta que el objeto de la información deben ser personas públicas y tratarse de hechos de debate público, en que se está más expuesto a presuntos atentados contra el honor o la reputación; y determina que la información se refiere a hechos. Los juicios de valor emitidos en el ejercicio de la función periodística, corresponden a la libertad

de expresión de que goza como persona el reclamante, sin que sea necesario demostrar la veracidad de los mismos.

El derecho de rectificación ya se encuentra amparado por varias legislaciones; en Italia está previsto en el artículo 42 de la Ley 416 del 5 de agosto de 1981 que regula la difusión de noticias a través de la prensa periódica, y en el artículo 7 de la Ley 103 de 14 de abril de 1975 en lo que se refiere a transmisiones radio-televisivas. En Suiza lo prevé el artículo 28 del Código civil, y a nivel constitucional el derecho de rectificación ha sido incorporado por las Constituciones de Brasil, Portugal, Grecia, El Salvador, Guatemala y Perú.<sup>43</sup>

## II.- La Eutanasia.

*Summum ius  
summa iniuria*

Todos los conflictos que con respecto al derecho a la vida se presenten y que se explican en algunas de sus manifestaciones en el presente trabajo, deben estar presididos por esta antigua máxima jurídica: el exceso de rigor de la ley es una gran injusticia, o lo que es lo mismo: un derecho innegable se transforma en irritante injusticia cuando llevado a sus últimos límites, invade la esfera de otros derechos.

El tema de la protección jurídica del derecho a la vida pone a prueba no sólo la formación del jurista, sino también su sensibilidad humana.

En muy pocos años la eutanasia ha pasado de ser tema de conversaciones de grupos pequeños, e incluso de grupos familiares afectados directamente ante el dilema de la muerte o la vida, a convertirse en noticia cotidiana. Este interés responde a la introducción en esta época de un nuevo factor de reflexión: la *autodeterminación* de los pacientes; y a la nueva

---

<sup>43</sup> Cremades, Javier. Ob.cit. p. 119.

dimensión que adquiere a diferencia de las prácticas llevadas a cabo en épocas anteriores en que nunca se tuvo en cuenta la *voluntad* del afectado. La preocupación fundamental descansa en la posibilidad ética de dar una respuesta positiva a quien desea morir y pide ayuda al efecto, dentro de los marcos del derecho que sobre la salud y la enfermedad, sobre la vida y la muerte tiene todo individuo.

Desde este momento queda sentada la posición ideológica que prevalecerá en todo el análisis de este acuciente tema, que se expone con el menor apasionamiento posible para que otros puedan formarse su propio juicio. Todo hombre tiene derecho a decidir sobre su propio cuerpo, sobre su vida y su muerte, porque como ya se ha dicho, existe un principio esencial por sobre todos, que es la libertad; y qué pobre ética es la que sea incapaz de respetar la libertad de decisión y autonomía de las personas. Hay que reintroducir con naturalidad el hecho de la muerte en nuestros esquemas mentales, y saber asumir algo fundamental: la conciencia de nuestra propia mortalidad y la necesidad de llenar el trance de la muerte de humanidad y compasión.

#### **A.- Planteamiento del problema.**

Los modernos avances de la ciencia, particularmente aquellas relacionadas de una forma u otra con la medicina, obligan al hombre a replantearse constantemente numerosos temas que le atañen muy directamente. Estos avances se reflejan en los métodos para el alargamiento de la vida por medios artificiales, que en algunos casos permite efectivamente salvar y prolongar vidas, pero en otros ocasionan al paciente y a su familia nuevos y mayores problemas y sufrimientos. El tema de los pacientes sumidos en el llamado estado vegetativo persistente<sup>44</sup> es el que ha avivado la polémica sobre la conveniencia de una regulación sobre

---

<sup>44</sup>En el supuesto de que la renovación de la irrigación cerebral se realice 3 ó 4 minutos más tarde del fallo cardíaco, el paciente queda reducido a funciones meramente vegetativas, ya que el tronco encefálico sigue dirigiendo la respiración, la temperatura y el riego sanguíneo mientras que se destruye la corteza cerebral determinante de toda la vida de relación. Si la falta de riego se mantiene de 8 a 10 minutos, aparece el llamado coma sobrepasado que es a lo que se denomina muerte cerebral, criterio actual más seguro de determinación de la muerte.

la eutanasia, ya que no existe muerte cerebral, están inconscientes, y no son pacientes terminales al poder durar largos años de forma artificial.<sup>45</sup>

Esto ha desatado una ola de opiniones que llegan hasta la defensa de que se anticipe la muerte de determinadas personas ante determinadas circunstancias, siempre con el consentimiento del paciente debidamente informado de su situación. Los debates de índole moral y jurídica que han surgido sobre el derecho a morir, se encuentran motivados por una comprensión exacta del término; cuando se habla hoy de eutanasia se hace referencia a toda esta problemática, entendida como el acto médico necesario para hacer más fácil la muerte a petición del enfermo o de sus familiares o representantes. Dependiendo de qué se considere eutanasia se estará en disposición de aceptarla o no, y se podrá llegar a un acuerdo sobre la manera de su regulación precisa en aras de la tan ansiada seguridad jurídica a la que todos aspiramos.

La discusión sobre la eutanasia ha saltado de pronto a la primera página de los medios de opinión pública, ya que los médicos empiezan ahora a admitir algo que la profesión hasta este momento mantuvo en secreto —muchos médicos matan a los pacientes que piden morir—. Todos los días individuos racionales en el pleno uso de sus facultades solicitan que se les permita morir, o que los maten, ya sea por estar agonizando, o ante la imposibilidad de aguantar el dolor, o porque no quieren vivir de la única manera que les queda, y se sienten aterrados ante los estragos de un tratamiento en que las posibilidades de sobrevivir no ameritan la pena de soportarlos, o porque conocen las consecuencias y el decursar de una enfermedad incurable que padecen.

Cada una de las decisiones personales, políticas o jurídicas que se tomen, tendrán cientos de facetas, algunas de carácter médico y otras sociológicas, e introducirán múltiples interrogantes: ¿cuáles son los riesgos de que la gente pueda solicitar morir a causa de un diagnóstico errado?; ¿y si el paciente muere antes que se descubran nuevos tratamientos o se desarrolle alguno que podría haberle salvado su vida si hubiera esperado?; ¿podría una

---

<sup>45</sup>Es lo que se ha dado en llamar *encarnizamiento terapéutico*.

profesión que ayuda a la gente a morir, aunque sea por los mejores motivos, volverse más descuidada o menos entusiasta con respecto a la actividad de salvar vidas?

### **B.- Un poco de historia.**

La eutanasia se ha practicado desde tiempos inmemoriales en las antiguas culturas primitivas. Un concepto muy distinto del que se tiene hoy día sobre la muerte, permite que en estas etnias primitivas, aún existentes en la actualidad, se considere normal y hasta bueno acelerar el tránsito a la otra vida de una persona que por su edad, su incapacidad física, o su poco valor económico para la comunidad ya no es «útil». Sea por piedad, por evitarles sufrimientos o por razones prácticas económicas, bien por temor al moribundo y a los malos espíritus que podían salir de él y afectar a la familia o a la comunidad, es el caso que la Humanidad en todos los continentes ha recurrido desde los tiempos más remotos a las prácticas eutanásicas.

La cultura griega contiene innumerables ejemplos de eutanasia que literalmente significa «correcto morir» o «muerte buena». Procede etimológicamente de dos palabras griegas: *eu*, bien, bueno y *thanatos*, muerte.<sup>46</sup> Zenón de Citio y sus sucesores de la escuela estoica, por citar sólo un ejemplo, se provocaron la muerte tan pronto creyeron mermadas sus facultades de modo irreversible, y tenían construido todo un sistema filosófico-ético sobre la eutanasia.

Platón y Aristóteles admiten la práctica de la eutanasia o el abandono a su suerte de los recién nacidos con anomalías o malformaciones, sancionando la práctica existente en Esparta de despeñar a tales niños desde la roca del Taigheto.<sup>47</sup>

Roma destacó las virtudes de este método considerándolo mil veces preferible a prolongar una existencia incongruente con la dignidad. Plinio el Joven relata el acto de

<sup>46</sup> *Diccionario de la Lengua Española*. Real Academia Española. Vigésima edición. Madrid, España. 1984.

<sup>47</sup> Gafo Fernández, Javier. *La eutanasia. El derecho a una muerte humana*. Colección Fin de Siglo. Editorial Temas de Hoy. Madrid, España. 1989. p. 116.

coraje protagonizado por una campesina que obligó a suicidarse a su marido aquejado de una terrible dolencia, arrojándose atada a él al lago Como. Las distintas culturas de los pueblos primitivos han tenido diversas formas para ayudar a morir. Se han utilizado medios físicos, como drogas, derivados del opio, humo, o incienso. Algunas tribus araucanas colocan al ser humano en una parrilla, prenden fuego por debajo y lo dejan ahumarse por diez días. Los celtas daban muerte a los ancianos valedurarios.<sup>48</sup>

Este universo fue arrasado por el Cristianismo, reñido con la autonomía moral del individuo, declarando que la eutanasia era un crimen de lesa majestad, un desafío a la omnipotencia divina, castigándose severamente al suicida frustrado o consumado, tanto en su persona como en sus derechos o bienes. En la Edad Media se llamaba "misericordia" al puñal corto y afilado que servía para quitar la vida a los malheridos o incurables de guerra. El tema vuelve a la escena en la época del redescubrimiento del mundo clásico: el Renacimiento, en que el filósofo inglés Francis Bacon (1561-1626) llega a afirmar que el oficio del médico no es sólo restaurar la salud, sino también mitigar los dolores y tormentos de las enfermedades, no sólo cuando ello conduce a la recuperación, sino también cuando habiéndose esfumado toda esperanza de vida, sirve para conseguir la entrada a la muerte de una forma más fácil. Hasta un santo canonizado por la Iglesia, Tomás Moro (1478-1535) defiende la eutanasia en su famosa obra *Utopía*, en que los enfermos incurables son persuadidos por los propios sacerdotes para que soliciten su eliminación durante el sueño, lo que les evitaria mayores sufrimientos.<sup>49</sup>

Entre las tribus indígenas de América, África y Oceanía, y los esquimales, ha sido práctica habitual el que cuando un hombre llega a anciano y ya no puede valerse por sí mismo, los familiares le transportan en una hamaca a un lugar apartado de la selva donde se le deja acostado entre dos árboles en un sitio lo más cómodo posible, o a algún lugar alejado en medio del hielo, junto con alimentos y bebidas, y no vuelven a verte; pasado un tiempo

---

<sup>48</sup> Ibid. p. 118 y ss.

<sup>49</sup> Muchas de estas notas de referencia histórica y las que siguen fueron tomadas del libro de Gafo, Javier. Ob.cit. pp. 115 a la 135.

van a recoger sus huesos para enterrarlos en medio de aparatosas ceremonias, o cazaban a los osos polares que habían dado cuenta de su familiar y así cerraban el ciclo.

En la actualidad es una práctica que se mantiene en países de América del Sur y Central lo que se llama el «despenador», sobre todo en los medios rurales e indígenas apartados, o perdidos en los valles y montañas. Se trata de una persona que es llamada cuando un familiar es ya muy anciano y padece de una enfermedad irremediable, o de un niño enfermo irreversible; se queda a solas en la habitación de éste, lo coloca boca abajo, y colocando su rodilla sobre la espalda, toma el mentón con una mano y los pies con la otra, incurva el cuerpo de la víctima, y con un movimiento brusco violento y rápido, desarticula y rompe los huesos, lo coloca boca arriba, le hace la señal de la cruz, reza oraciones medio cristianas, medio paganas, saluda a los familiares, que le pagan generosamente su servicio, y se marcha. Esta costumbre —considerada como un deber, y el negarse a ello, deshonoroso y cobarde—, se mantiene en Argentina, Chile, Paraguay, Bolivia, entre los nativos del Puno en Perú, y entre los indios huicholes de México.<sup>50</sup>

Con criterios a favor y en contra vertidos ya en menor medida durante la Ilustración y la etapa del positivismo decimonónico, el presente ha devuelto esa perspectiva «pagana» al acto de decidir sobre la muerte y un número creciente de adultos reclaman otra vez que la muerte sea elevada a un acto de excelencia ética, aligerando los sufrimientos irremediables. No obstante los debates sociales que en muchos países se han generado, la respuesta que ofrece la ley no cubre esas expectativas.

### **C.- Supuestos que provocan mayor discrepancia doctrinal.**

Si analizamos los distintos ordenamientos jurídicos, nos encontramos que si bien es lícito acabar con la vida de alguien por el bien de uno mismo —legítima defensa o estado de

---

<sup>50</sup>Cfr. Reverte Coma, José Manuel. *Antropología médica*. Editorial Rueda. Madrid. España. 1981. pp. 88 y ss.

necesidad—, o acabar con la propia por salvar la de otros —actos heroicos—, no lo es cuando se realiza idéntica acción por el bien de otra persona.

Lo mismo ocurre al momento de valorar la mayor o menor relevancia entre la eutanasia activa y la pasiva, es decir, entre el matar, o el dejar morir. Se recurre internacionalmente a un ejemplo que expone James Rachels en un artículo publicado para la revista *New England Journal of Medicine*.<sup>51</sup> Los recién nacidos con síndrome de Down que además presentan defectos congénitos, como por ejemplo, la obstrucción intestinal, exigen una operación inmediata para que puedan vivir, o mejor, para que puedan demorar su muerte. En muchos casos el médico y los padres deciden no operar y dejar morir al niño, que sufre un proceso de infección y deshidratación que acaba lenta y dolorosamente con sus vidas, por no querer optar por la mejor solución de sacrificar a estos bebés de manera rápida y sin dolor.<sup>52</sup> La doctrina que permite a un bebé deshidratarse y languidecer, y no poner fin a su vida sin sufrimientos, es tan o más cruel, y no necesita de mayor discusión. Y resulta bastante superficial suponer que porque no se haya hecho nada por adelantar la muerte del bebé, no se sea participe de la misma.

La eutanasia *pasiva* consiste en la no iniciación o en la interrupción de un tratamiento que retrasa el momento de la muerte, y en la gran mayoría de las legislaciones, siempre que exista consentimiento, se admite la impunidad. La eutanasia *indirecta* consiste en la aplicación de cuidados paliativos del dolor con efectos secundarios de acortamiento de la vida. Y la eutanasia *activa* es la producción directa e inmediata de la muerte para evitar graves sufrimientos, sobre todo en los casos de enfermos terminales, estados persistentes de vida vegetativa, recién nacidos con graves problemas de supervivencia, enfermedades irreversibles o mortales en las situaciones que signifiquen grave pérdida de la calidad de vida por lesiones o enfermedades. Suelen establecerse diferencias iniciales entre aquellos

<sup>51</sup> *Eutanasia: los dilemas morales*. Selección de textos hecha por R.M. Baird y S.E. Rosenbaum. Editorial Martínez Roca. Barcelona. España. 1992. pp. 47-55.

<sup>52</sup> Famoso caso *Baby Doe*; en 1982 nació un pequeño afectado del síndrome de Down, que presentaba además una malformación en su aparato digestivo corregible mediante una intervención quirúrgica exitosa sin dudas, si se tratase de un ser normal. Sus padres negaron el permiso para esta operación, lo cual significaba que se le dejara morir.

actos que de manera determinante y positiva producen la muerte y aquellos que permiten que la muerte sobrevenga al dejar de aplicar algún procedimiento que la alargaría artificialmente. La eutanasia pasiva y la indirecta son hechos ya consumados en la medicina moderna, no así la terminación intencionada de la vida del paciente.

Otros autores, como el uruguayo Milton Cairoli de la Universidad de Montevideo,<sup>53</sup> hacen otras clasificaciones de las formas de eutanasia en *tres personalistas* que tienen como finalidad la utilidad pública colectiva, no la consensualidad, entre las que menciona la eutanasia eugenésica, la económica, la criminal, la experimental, la profiláctica y la solidaria;<sup>54</sup> la eutanasia *personalista o por piedad*; la eutanasia *activa*; y la eutanasia *pasiva o por omisión*.

El momento de decidir acerca de la propia muerte o la de algún otro individuo puede aparecer especialmente en tres tipos de situaciones.

En la primera de ellas existe consciencia y competencia, como sucede en el caso de los enfermos de SIDA que ante la irreversible muerte acuden al suicidio mientras estén en condiciones de elegir su propia muerte ante la imposibilidad de hacerlo llegado el momento del clímax de la enfermedad. En el año 1992 en Canadá se dictó una sentencia que estableció que los individuos que no pueden ser calificados de moribundos tienen, no obstante, el derecho a solicitar que se interrumpan los soportes vitales si consideran que la vida les resulta intolerable en sus actuales circunstancias. Se pidió al juez que ordenara al personal

<sup>53</sup> Cfr. *El tratamiento jurídico de la eutanasia: una perspectiva comparada*. Tirant lo Blanch. Valencia. España. 1996.

<sup>54</sup> La eutanasia eugenésica consiste en la eliminación indolora de individuos deformes o con graves taras físicas, para mejorar la raza, la económica en la eliminación de vidas humanas que se consideran cargas para la sociedad, ambas formas en extremo peligrosas de aceptarse. La eutanasia experimental consiste en el sacrificio de la vida de ciertos sujetos para efectuar experimentos para el progreso científico, la profiláctica en la supresión indolora de sujetos afectados por enfermedades epidémicas por la salud pública, y la solidaria consiste en el sacrificio de vidas en favor de la vida y la salud de otros. Cualquiera de estas formas resultan inaceptables, salvo la última cuando se trata de pacientes que inevitablemente van a morir y tienen un órgano necesario para un trasplante.

médico que procediera al efecto, a lo cual se accedió, pues se trataba de un paciente que padecía el mal de Alzheimer en sus estadios primarios.<sup>55</sup>

En la segunda situación existe inconsciencia, y corresponde la decisión de si mantener o no el soporte vital a los médicos o los familiares. En muchos de los Estados de la Unión Americana ya se prevé y se admiten algunos documentos a los que haremos referencia más adelante, conocidos como testamentos de vida o poderes de cuidado de salud, y se obliga a los hospitales a hacer las advertencias previas necesarias para el caso de que el paciente alcance el estado vegetativo durante su estancia en el hospital.

En Gran Bretaña, en 1992, se dictó una sentencia por la cual el juez declaró que era muy probable que en la situación en que había quedado un joven, víctima en una avalancha de personas en un estadio de fútbol, y en estado vegetativo permanente por falta de oxígeno en su cerebro y pulmones, él hubiera elegido morir y accedió a retirarle los aparatos que lo mantenían artificialmente vivo, solicitud hecha por sus padres, y a la que se habían negado reiteradamente los directivos del hospital.<sup>56</sup>

En la tercera de las situaciones la persona se encuentra consciente pero es incompetente para emitir su voluntad en el sentido de desear la muerte. Por ejemplo, en estados avanzados de la enfermedad de Alzheimer ya no es posible tomar ninguna decisión, las víctimas pierden la memoria, el sentido de la continuidad de su propia identidad y carecen de competencia para atender cualquiera de sus propias necesidades y funciones. Muchos ancianos en una fase preliminar, conscientes de los estragos de la enfermedad, disponen que no se les deje llegar a ese estado, pero ya realmente enfermos se convierten en personas paranoicas, temerosos constantes de que se les haga daño.

---

<sup>55</sup>El mal conocido como Alzheimer es de relativamente reciente descubrimiento, sobre todo en los Estados Unidos. Consiste en el deterioro fisiológico de la persona, en que las terminales nerviosas del cerebro se degeneran en una placa entrelazada de material fibroso, y que provocan la pérdida de memoria hasta el punto de llegar el propio individuo a desconocerse en toda su vida presente y pasada. Su periodo de desarrollo hasta la muerte puede estar entre los 4 y los 12 años, aunque puede demorar hasta 25 años. No hay hasta el momento esperanzas de revertir sus efectos; conduce gradual e inexorablemente a la muerte.

<sup>56</sup>Caso *NHS Trust vs Bland*, publicado en el Boletín de la Cámara de los Lores, sentencia de 4 de febrero de 1993. Londres. Reino Unido. 1993.

Y surgen entonces muchas interrogantes; ¿podría tomarse en cuenta la primera manifestación si, ya incompetentes, manifiestan posteriormente su deseo de vivir?; ¿podrá gozar de algunos años adicionales de vida útil confiada la persona aquejada de que no se le permitirá llegar a tan temida condición?

#### D.- Valores en conflicto.

En estos supuestos de la eutanasia colisionan varios valores. La autonomía o *autodeterminación* de una persona a decidir sobre su propia vida, y disponer sobre su propia muerte; los *mejores intereses* que deben garantizarse —si los del paciente, o los de la colectividad—; y el *respeto a la vida*.

La esencia humana no se caracteriza únicamente por el respeto a la vida; pruebas de sobra hay a lo largo de la Historia que demuestran lo contrario, y deben en determinados momentos, prevalecer otros valores como la compasión y el humanitarismo. Se trata, en último caso, del respeto a una vida digna, y quienes se oponen a admitir la eutanasia alegando el sagrado respeto a la santidad de la vida, ofrecen más bien un argumento en favor de aquélla.

Muchas personas, a pesar de todo, quieren seguir viviendo, ya sea por sus creencias, o porque no se conforman con lo irremediable, o por tradición o porque es un rasgo de su carácter el luchar hasta el último momento aunque sea en vano; pero otras piensan que es indigno e insultante hacerlo de la forma que se les viene encima ante una enfermedad despiadada. Y en esto tiene que ver mucho las convicciones de las personas acerca de cómo vivir, que colorean sus convicciones acerca de cuándo y cómo morir.<sup>57</sup>

<sup>57</sup>La historia ha proporcionado múltiples ejemplos que ilustran la afirmación de que la personalidad se manifiesta no sólo en cómo se vive, sino también en cómo se muere. Por un lado, el encarnizamiento terapéutico a que fueron sometidos personajes como el general Franco, o el mariscal Tito, o el emperador Hiro-Hito, que nada dispusieron en cuanto a tener una muerte natural y digna, lo que muestra la estructura de su sistema de valores; por el contrario, Sigmund Freud, tras 16 años de lucha contra el cáncer, sometido a más de 30 operaciones, y no por ello privado de su lucidez para generar una vastísima obra científica, eligió

También se contraponen dos valores cuando se decide si la muerte, en un determinado caso, es un mal menor que el continuar viviendo: la *vida*, y la *calidad de la vida*. Desde el punto de vista moral hay que reconocer que si la vida es deseable a toda costa, y se considera el más importante de los valores, entonces no debería permitirse ni la eutanasia activa ni la pasiva; pero si se admite como obligación mayor la de la dignidad de la vida traducida en el aminoramiento del sufrimiento, entonces hay que considerar idénticamente moral la eutanasia activa, siempre que la persona haya manifestado su consentimiento de manera reflexiva y voluntaria. Ya desde un punto de visto jurídico poco hay que hacer, pues la inmensa mayoría de las disposiciones ético-médicas, sólo con el fin de proteger a sus profesionales, prohíben la práctica de la eutanasia activa, amparándose en una doble moral. No hacer nada es ya hacer algo, y da igual que el resultado se obtenga por acción o por omisión.

La táctica de dejar morir es la solución que se utiliza dado que, con las capacidades que hoy se poseen, resulta indefinible hacer todo lo técnicamente posible para mantener la vida biológica. Hay que tomar en cuenta consideraciones acerca de la dignidad, el bienestar y los deseos de la persona, que supone tomar en consideración por sobre la mera supervivencia biológica, la calidad de la vida.

Este conflicto se traduce en la decisión entre el derecho a morir dignamente y el derecho a la vida, y todo dependerá de la valoración de los intereses subyacentes y las prioridades en la protección de los mismos. El respeto del derecho a la vida, incluso contra la voluntad de su titular, debe dar paso a concepciones más acordes con el carácter laico del Estado, con el respeto al derecho de autodeterminación, a la voluntad del sujeto; es decir, el derecho a la vida lleva aparejado el deber de respetar la vida ajena, no el deber de vivir contra la propia voluntad en condiciones verdaderamente penosas.

---

lúcida y voluntariamente la muerte que le fue provocada por su médico de cabecera ante los terribles sufrimientos que ya padecía y los peores que se avecinaban; y sin que se trate de un caso de eutanasia, sino de la elección acerca de la propia vida o la muerte ante la inminencia de una situación indigna para el sujeto, está la decisión de Salvador Allende de quitarse la vida, pudiendo elegir la opción de escapar de Santiago de Chile con vida.

Hasta la actualidad se ha temido abrir la caja de Pandora en torno a este tema con el argumento de que de aceptarse se daría el primer paso por una pendiente resbaladiza en un incontrolable descenso. Estos temores derivan de la experiencia del nazismo, y supondría la posibilidad para individuos sin escrúpulos, o para el propio Estado, de disponer de una peligrosa arma para propiciar los asesinatos.

Pero no puede compararse aquella experiencia con el tema que se trata, y en la connotación que se da hoy a la eutanasia. En la Segunda Guerra Mundial se enarbolaba como bandera el «bien» del Estado y de la colectividad, nunca fue voluntaria, y siempre secreta. En la actualidad se preconiza en exclusivo beneficio del individuo que la solicita.

Ya debe abrirse paso la concepción que preconice la aceptación de la eutanasia siempre que la decisión sea tomada de una manera razonada, reflexiva, consciente y voluntaria por el propio sujeto. Para ello debe estar debidamente informado de todos los detalles de su enfermedad, debiéndose modificar entonces las relaciones médico-paciente que imperan en muchos países, sobre todo de Europa, en que se tiende a ocultar al paciente la verdad para así evitarle daños a la salud provocados por informaciones desagradables, en contraposición con la tradición americana de decir la verdad al paciente a fin de obtener un consentimiento informado del mismo, respetando su libertad y autonomía individual.

Superado este paso, deben elaborarse políticas institucionales que fomenten la adopción de las manifestaciones de voluntad del paciente o la delegación de esta capacidad de decisión en albaceas o representantes o apoderados facultados por el paciente para los casos de pérdida de su capacidad de decisión; y admitan la creación de comités multidisciplinarios e independientes de ética en los hospitales, que colaboren con el paciente, sus familiares, representantes o médicos que les asisten, en el proceso de toma conjunta de decisiones.

Cada vez son más numerosos los países que otorgan plena validez legal a los documentos que contienen la última voluntad de un sujeto en relación con su propia vida o muerte, conocidos en sentido general como *testamento de vida*, estableciéndose requisitos respecto de su vigencia temporal, su posible renovación, el registro de los mismos, etcétera. Estos testamentos o declaraciones vitales tienen un carácter jurídicamente válido ya que su objeto es jurídico; expresan una voluntad y un derecho a negarse a recibir ayuda médica externa, podría ser libremente revocado en cualquier momento y deben tener una relación de continuidad breve en el tiempo desde su fecha de expedición y la fecha de la decisión. Es prueba absoluta de la voluntad del paciente.<sup>58</sup>

#### **E.- Doctrina y legislación comparada.**

La eutanasia voluntaria es perfectamente compatible con los principios constitucionales y éticos mayoritariamente aceptados en las diversas sociedades. Este criterio se basa en el respeto a la dignidad humana en conjunción con los derechos a la vida, a la integridad física y psíquica, la autodeterminación, y la libertad de conciencia. El Derecho debería entonces recoger los cambios que se vienen sucediendo y orientarlos en el sentido del consenso establecido procurando garantizar el libre ejercicio de los diversos derechos con las menores fricciones posibles.<sup>59</sup>

Ningún país occidental permite formalmente a los médicos auxiliar de manera activa a sus pacientes en su muerte, y en legislaciones de normativa feroz en contra del buen morir, la jurisprudencia se ha encargado de oír este clamor, absolviendo sistemáticamente a los acusados de estos delitos. Sin embargo, ya el Parlamento holandés ha declarado que los médicos que lo hagan no serán sancionados si siguen ciertas pautas legales, y recientemente se ha aprobado idéntica situación en Australia.

---

<sup>58</sup>Unas muestras de estos declaraciones vitales se adjuntan en los anexos de este trabajo.

<sup>59</sup>Aparece así la Bioética, encargada de relacionar el conocimiento del mundo biológico con la formación de actitudes y políticas encaminadas a promover el mayor bienestar social y la mejora de la calidad de vida; puente entre las ciencias y las humanidades, uniendo valores éticos con hechos biológicos.

Actualmente la eutanasia provoca en Holanda el 2% de las muertes y su práctica ha desatado una intensa controversia, no sólo allí, sino también en Estados Unidos y muchos otros países. El Código Penal holandés castiga la ayuda e inducción al suicidio y el homicidio consentido, pero permite, en cambio, la ayuda a la muerte de enfermos terminales, incluso la aplicación de medidas eutanásicas activas, dejando simplemente de ser perseguidos estos hechos por el Ministerio Fiscal, lo cual ha generado una praxis en la que los enfermos terminales pueden contar con la ayuda médica tanto para acortar los sufrimientos, como para provocar su muerte cuando la situación sea ya irreversible. Ante este hecho, y ante algunas decisiones jurisdiccionales dictadas que admiten la posibilidad de la eutanasia siempre que se cumplan determinadas condiciones, no se descarta la solución específicamente reglamentada por la ley a corto o mediano plazo.

En Estados Unidos se distingue entre el suicidio médicamente asistido y la eutanasia propiamente dicha; en el primer caso se considera impune la conducta del médico que aconseja o ayuda a alguien que no quiere vivir más a morir del modo más digno posible; en el segundo caso se necesita que sea el propio médico quien lleve a cabo la muerte y se considera homicidio, aunque la jurisprudencia se ha encargado en algunos casos de declarar la impunidad apreciando la excusa de piedad (*mercy killing*). En 1991, un médico de Nueva York reveló que había prescrito píldoras letales a una paciente de leucemia indicándole cuántas debía tomar para morir. La paciente siguió esas instrucciones y el Gran Jurado tuvo que decidir si el médico debía ser acusado y sancionado por asistencia al suicidio, un delito que puede ser castigado con largas penas de prisión, y se decidió que no.

El caso más conocido fue el de Karen Ann Quinlan. El 14 de abril de 1975, a consecuencia de una dosis importante de alcohol y barbitúricos, esta joven de 21 años perdió el conocimiento que nunca más recuperó, quedando sumida en estado vegetativo permanente. Sus padres adoptivos, económicamente modestos y católicos practicantes, solicitaron la dejaran morir en paz, pasados tres meses y perdida toda esperanza de recuperación, a lo que se negaron los médicos, alegando razones éticas y legales. Planteado el caso al tribunal la sentencia fue desfavorable a la desconexión del respirador que la

mantenía artificialmente con vida. El Tribunal Supremo de Nueva Jersey, por sentencia de 31 de marzo de 1976 decidió unánimemente que Karen tenía derecho a morir en paz y con dignidad y se autorizó a desconectar el respirador que para sorpresa de todos no produjo su muerte, y continuó por diez años respirando por sí sola y alimentándose por sondas. Pesaba 30 kilos y se mantenía siempre en posición fetal, totalmente inconsciente. Murió de una neumonía.<sup>60</sup>

En cambio, en 1992 en Inglaterra, un médico inyectó cloruro de potasio a un enfermo de artritis reumática que agonizaba mientras sufría un terrible dolor y pedía que le mataran. El doctor limpiamente registró el uso de la inyección en el historial médico y fue acusado y condenado por intento de homicidio.

En dos estados de Norteamérica la cuestión de si la eutanasia debe ser considerada como acto de piedad o como una asesinato ha sido intensamente debatida en el terreno político. En 1991, los votantes del Estado de Washington rechazaron en un referéndum, por un escaso margen, un proyecto de ley que pretendía legalizar la eutanasia; y en 1992, una legislación similar fue rechazada en California.

En Canadá la situación jurídica estuvo a punto de cambiar a partir de una decisión de la Corte Suprema, que en 1993 estuvo a punto de eliminar la prohibición penal de la ayuda e inducción al suicidio, y del homicidio con consentimiento. Pero en alguna jurisprudencia se ha permitido retirar el tratamiento a pacientes en estado terminal que previamente lo hayan solicitado.<sup>61</sup>

En Italia la eutanasia activa se castiga en los artículos 579 y 580, como auxilio al suicidio, ambos del Código Penal. En cuanto a la eutanasia pasiva la doctrina afirma el

---

<sup>60</sup>Un resumen de esta sentencia que contiene interesantes valoraciones, puede verse en el libro de Javier Gafo Fernández. Ob.cit. pp. 29 y ss. En el propio libro se describen otros famosos casos que, se añadirán a los Anexos de este trabajo.

<sup>61</sup>Sentencia de la Corte Superior de Quebec de 27 de septiembre de 1993 publicada en la recopilación de ponencias presentadas en el Seminario Internacional sobre el tratamiento jurídico de la eutanasia celebrado en la ciudad de Málaga, España, en noviembre de 1994. p.554.

derecho de todo individuo a no ser tratado médicamente y dejarse morir. No se les reconoce ningún valor a los denominados “testamentos o declaraciones vitales” en virtud del principio «*in dubio pro vita*». La afirmación del derecho a dejarse morir o de la admisibilidad de la eutanasia consensual procede de la idea de que en un ordenamiento laico es lícito todo aquello que puede reconducirse a un acto de autodeterminación individual y que no produce consecuencias en las esferas de terceros, ni lesiona derechos ajenos.

Este resultado debe entenderse no como una conquista del hombre, sino por el contrario, como un reconocimiento de su soledad y el dramatismo de su existencia. Elevar a la categoría de valor supremo el principio de autodeterminación rodeado por la indiferencia ajena, significa poner en marcha un nuevo proceso de destrucción.<sup>62</sup>

En Francia la eutanasia no es objeto de incriminación específica, sin embargo, el 85% de los adultos querrían ver reconocido el derecho a ser ayudados a morir; por ello cuando llega a considerarse delito, los tribunales de jurado absuelven en la gran mayoría de los casos.<sup>63</sup> El nuevo Código Penal que entró en vigor el primero de marzo de 1994, no sólo no prevé ninguna posibilidad de admitir algún supuesto de eutanasia, sino que mantiene el tradicional sistema de punición de la ayuda y provocación del suicidio.

“Nos parece que es el respeto absoluto de la vida lo que fundamenta la opinión que podemos mantener como juristas. Como tal, reconocer que el derecho a matar a un individuo porque nos parece que ha perdido su carácter humano, es reconocer que un hombre, durante su vida, puede convertirse en un

<sup>62</sup>Cfr. la recopilación de ponencias presentadas en el Seminario Internacional sobre el tratamiento jurídico de la eutanasia organizado por la Sección de Málaga del Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología, celebrado en noviembre de 1994. *El tratamiento jurídico de la eutanasia: una perspectiva comparada*. Tirant lo Blanch. Valencia, España. 1996. En cada uno de los países que mencionaré, haré referencia a los argumentos expuestos por los ponente invitados de los respectivos países, sin que signifiquen esos comentarios mi acuerdo con los mismos. Me limito a ofrecer un panorama no sólo legislativo, sino doctrinal del tratamiento de la eutanasia en el mundo.

<sup>63</sup>Para mi sorpresa, en países en que la tradición de jurados no ha existido nunca por pertenecer su sistema jurídico a la familia de Derecho romano-germánica, se han establecido para ciertos tipos de delitos, los tribunales de jurados, compuesto por hombres y mujeres legos en derecho. Así ocurre en Francia, y muy recientemente en España, en que se ha modificado tanto el Código como la Ley de Enjuiciamiento Penal para adaptarlos a esta novedad.

objeto... La jurisprudencia y el legislador prohibieron con firmeza la práctica de la «madre de alquiler», es decir, todo contrato que permita a una mujer “alquilar” su cuerpo durante nueve meses para dar a luz al hijo de otra. El legislador francés se pronunció muy recientemente para limitar las manipulaciones genéticas porque afectan al ser humano... Todos estos elementos nos permiten pensar que la opinión pública no se halla todavía dispuesta a admitir una Ley en materia de eutanasia.”<sup>64</sup>

En España existe una inclinación de la opinión pública hacia la permisibilidad de la eutanasia cuando se trata de no prolongar artificialmente la vida de una persona enferma sin esperanzas de curación, pero no ocurre así en los casos de eutanasia activa, que encuentra una férrea oposición de la Iglesia Católica. En el plano jurídico, el artículo 409 del Código Penal sanciona expresamente la inducción, ayuda y auxilio al suicidio. Sin embargo, la doctrina se muestra favorable a interpretar este precepto legal de una manera más acorde con la sensibilidad de los tiempos actuales, y se atreven a admitir como lícitas las formas de eutanasia pasiva e indirecta aunque encajen literalmente en la conducta sancionada por el mencionado artículo 409. No ocurre así en las formas de eutanasia activa en que las opiniones doctrinales están muy divididas; sólo algunos admiten la posibilidad de aplicar una causa de justificación cuando además del presupuesto objetivo de existencia de una enfermedad mortal inminente, se da el subjetivo de la petición expresa y reflexiva del paciente, inclinándose otros por la exculpación o atenuación de la pena.

En Alemania existe una de las regulaciones menos restrictivas pues el Código Penal no castiga expresamente formas de participación en el suicidio ajeno, de ahí que apenas se planteen problemas en las conductas de ayuda a la muerte. Pero el artículo 216 sí castiga un tipo penal denominado «muerte a petición» y elimina en principio la ayuda activa a la muerte que es como prefiere llamarse a la eutanasia, para eliminar así toda referencia a las formas de exterminio en la etapa del nacionalismo alemán. Doctrinalmente existe un acuerdo en que la

---

<sup>64</sup> Ponencia presentada por François González. “La eutanasia en Francia: un problema jurídico y social”. Recogida en *El tratamiento jurídico de la eutanasia: una perspectiva comparada*. Ob.cit. p.188.

omisión del tratamiento es correcta cuando es a petición del paciente; pero la situación se complica cuando se trata de determinar si el sujeto cuenta o no con la capacidad necesaria para esta decisión. En Austria se considera igualmente la petición expresa y seria de la víctima para disminuir la penalidad de la conducta.

En Suiza y Japón el tratamiento es muy parecido al del resto de los países europeos. En Suiza el término de eutanasia es rechazado por haber sido utilizado por los nazis para poner nombre a lo que realmente era el exterminio de personas cuyas vidas no tenían valor ninguno a juicio de aquéllos. Existen las llamadas «declaraciones vitales» que normalmente expresan el deseo de tener una muerte buena y natural, el rechazo de toda extensión artificial de la vida vegetativa y de las medidas de reanimación, y la voluntad de ser considerado como una persona y de que una tercera persona pueda controlar el respeto efectivo de la misma. Desde 1993 se encuentra en debate una nueva disposición que se pide agregar al Código Penal titulada como "Interrupción no punible de la vida" para cuando se cumplan las condiciones de que la muerte se produzca mediando petición insistente del enfermo, se trate de una enfermedad incurable e irreversible, que exista certificado de dos médicos independientes uno de otro, que el paciente sea debidamente informado y que sea propiciada la muerte por un médico elegido por el paciente. La Constitución Federal suiza, en su parágrafo 54, está en proyecto de modificación a fin de que se establezca el derecho a la vida, la integridad corporal y espiritual, y el derecho a morir con dignidad. La eutanasia activa está prohibida en Suiza pero puede llegarse a considerar algo legítimo y no punible en algunas circunstancias y siempre que exista pleno respeto a la voluntad del paciente.

En Japón existe una regulación bastante similar a la holandesa, pero añade una nota esteticista muy propia de aquella cultura. A partir de 1963 quedaron jurisprudencialmente establecidos seis principios que se estiman necesarios para considerar admisible la eutanasia: que se trate de un paciente terminal cuya muerte sea inminente, que existan padecimientos graves, que la intención sea aliviar esos padecimientos graves, que sea requerida por el paciente, que la administre un médico, y que el método elegido sea ética y estéticamente aceptable. Además, más del 88% de los médicos japoneses se declaran en favor de la

eutanasia activa, lo cual ha sido un factor determinante al momento de decidir en estos conflictos.

En cambio, en Uruguay, el artículo 37 del Código Penal, prevé el perdón judicial para quienes, con antecedentes honorables y por motivos de piedad, auxilian o cometen homicidio ante las súplicas reiteradas del enfermo, acogiendo así una propuesta que desde los años 20 hacía el connotado penalista español Luis Jiménez de Asúa; pero esta solución ha tenido una escasa acogida jurisprudencial pues se deja al juzgador la valoración de estos supuestos, no se exonera de castigo sino que se faculta al juez a hacerlo obviándose así la voluntad del paciente o de sus representantes legales.

El problema de la eutanasia es sin dudas grave porque se halla en relación directa con la muerte. Destinada a evitar los sufrimientos insoportables, la eutanasia preconiza la ayuda médica a la muerte. Se asimila al homicidio y por ello sigue siendo castigada penalmente o considerada un acto delictivo, pero jurisprudencialmente pocas veces es inculpada.

En general el ser humano tiene una enorme devoción a las reglas por sí mismas y un miedo soterrado a la toma individual de decisiones importantes sin el apoyo de orientaciones dogmáticas. Así en las legislaciones de los distintos países estudiados sucede que quedan establecidos los sistemas morales que indican las cosas que deben hacerse o no sin tener en cuenta las consecuencias independientemente de los resultados que se produzcan de tal conducta. A este tipo de ética del deber, se oponen actualmente cada vez más los sistemas de orientación finalista que valoran los actos realizados por las consecuencias obtenidas, según hayan servido a unos valores humanos como el bienestar humano, y no a la adherencia a las reglas o a principios transcendentales.

Actualmente en el mundo existen asociaciones y movimiento en favor de la eutanasia y se han realizado múltiples eventos internacionales en que se han aprobado Estatutos para la Federación Mundial de las Asociaciones en Favor del Derecho a Morir.

La discusión social sobre el tema de la eutanasia se intensificará en los próximos años, y estará marcada por el apasionamiento que todo debate sobre el nacer y el morir provoca.

Es necesario que cada individuo decida por sí mismo de forma consciente sobre su propia muerte ante los casos mencionados en que puede proceder la eutanasia. La voluntariedad es la pieza clave en esta regulación, no sólo en lo que se refiere al paciente, sino también en las objeciones de conciencia que pueda oponer el personal médico. El derecho de elegir supone el riesgo de equivocarse. La regulación legal de la eutanasia es algo que debe ser abordado sin dilación ya que ahorraría innumerables sufrimientos humanos y contribuiría a clarificar situaciones para las cuales la respuesta legal es cuando menos, oscura.

### **III.- El aborto.**

Tanto el aborto, que significa matar deliberadamente a un embrión en desarrollo, como la eutanasia, que significa matar deliberadamente a una persona por benevolencia, son supuestos en los que se elige la muerte.

En el primer caso se elige la muerte antes de que la vida en serio haya comenzado, en el segundo, después que haya terminado. Cada una de estas elecciones ha sido condenada y defendida durante milenios, pero nunca, hasta ahora, han sido tan apasionadas y abiertas, y nunca tan divididas las opiniones, ni las controversias que en uno o en otro sentido se han suscitado.

El tema del aborto es un problema ético, un problema humano básico que debe preocupar a toda la sociedad, y por supuesto al Derecho. Los teólogos —con cierta razón— consideran que el niño no tiene la culpa de que otros le hayan hecho vivir, y que no ser aceptado le complique la existencia a él, a la madre, a la familia y a la sociedad. La solución no debe estar en matar a las personas no deseadas, sino saberlas aceptar.

Pero empezariamos por preguntarnos si debe considerarse persona a ese conjunto de células adheridas al útero, que en nueve meses podría convertirse en un niño, respuesta que encontraremos más adelante, pero que podríamos adelantar con el análisis crítico de las afirmaciones que expone el biólogo Dr. José Botella Llusia, en el prólogo que hace al libro de Gabriel del Estal, *Derecho a la vida e institución familiar*.<sup>65</sup>

Comienza diciendo: “Con respecto a que nuestro cuerpo nos pertenece, esto es biológicamente falso. Nuestro cuerpo procede de la unión de dos células sexuales, que se fusionan no por nuestra voluntad, sino por la voluntad de una pareja, nuestros padres; que atraídos, uno hacia otro, nos engendraron en una noche de amor.” Hasta aquí todo bien, si somos indulgentes, y pensamos que todo acto de creación y concepción humana, puede ser un acto de amor. Y continúa: “Esta vida, que así se nos ha infundido, no les pertenece a ellos. En el momento mismo en que se forma, les es ya enajenada... Somos, pues, una cadena biológica, que, como a tal cadena, no nos corresponde a nosotros, simples eslabones de la misma, interrumpir... El hombre que se quita a sí mismo la vida... traiciona a la Naturaleza... En segundo lugar, hablemos de la independencia del ser concebido con respecto de su propia madre. Esta es una independencia genética... En el momento en que el espermatozoide y el óvulo se juntan, se reúnen también los genes del padre y de la madre. Pero esta unión no es simplemente una suma;... antes de madurar, espermio y óvulo, cada uno de ellos renuncia a la mitad de sus cromosomas y, por tanto, renuncia también a la mitad de su carga genética... El nuevo ser así engendrado en nada se parece al padre o a la madre, tiene rasgos de uno o de otro,... está establecida una línea de herencia, que hará que aquel individuo sea un ser nuevo,... una personalidad.”

Hasta aquí la explicación biológica de la formación del feto, que en un futuro se convertirá en una persona, es muy explícita, pero debería hablarse siempre en términos de posibilidad futura de que pasadas unas semanas —tres meses aproximadamente— ya estará formado y perfectamente definido en sus rasgos humanos, pero nunca que en el momento de

<sup>65</sup> Botella Llusia, José. Prólogo al libro de Gabriel del Estal. Ob.cit. pp. 15-22.

la concepción se trata de un ser con personalidad y vida independiente. Con la unión de los gametos, se puede decir que se comienza a engendrar lo que en un tiempo será una nueva vida, pero que en ese momento es tan sólo un grupito de células microscópicas, especialmente teniendo en cuenta el altísimo porcentaje de cigotos que nunca se convertirán en nacidos (50% aproximadamente). Por muy avanzados que estén los logros de la medicina y la obstetricia, no se ha logrado que ese amasijo de células en formación, puedan sobrevivir fuera del claustro materno sino hasta alcanzar un cierto desarrollo y madurez. Pasado este tiempo, si se atentaría contra el derecho a la vida si se interrumpe el embarazo con un aborto provocado, posición que queda preenunciada desde este momento, y que servirá de punto de partida para otras valoraciones en torno a tan apasionante tema.

#### A.- Un poco de historia.

Desde el principio de la Historia ha tenido lugar el aborto. En Grecia, siguiendo la teoría de Aristóteles —la entelequia o principio vital supramaterial de la totalidad orgánica— el aborto era permitido siempre que el feto no fuera considerado como animado, y esto ocurría a los 40 días en el caso de los niños y los 80 días en el caso de las niñas. Platón lo recomienda en su “*República*” como el medio de eliminar a los tarados.<sup>66</sup>

En Roma no constituyó delito alguno durante bastante tiempo, pues si la madre abortaba se consideraba que no hacía más que disponer libremente de su cuerpo; únicamente se castigaba el uso de sustancias abortivas con las penas marcadas para el uso de venenos, y en tiempos de Septimio Severo y de Antonio, por la ofensa que suponía para el marido este acto. Se consideraba al feto como *portio viscerum matris*, y por ello, al poder disponer libremente de su cuerpo, podía cualquier mujer abortar a voluntad usando sustancias abortivas diversas.

---

<sup>66</sup> Para ampliar todos estos datos de carácter histórico, Cfr. Herrera Jaramillo, Francisco Javier. *El derecho a la vida y el aborto*. Colección Jurídica. Universidad de Navarra. Pamplona. España. 1984.

La práctica de la prostitución ha sido desde siempre el mundo donde mayor desarrollo y uso han tenido la anticoncepción sistemática y el aborto cuando fallaban los métodos anticonceptivos en los que las meretrices eran hábiles después de una temporada de ejercer el oficio.

Entre los asirios y babilonios los malos tratos a la mujer embarazada eran castigados de distinta manera según las consecuencias que acarrearía para la mujer; el Código de Hammurabi señaló una fuerte sanción económica si la mujer abortaba como consecuencia, y si moría, la hija del causante de la muerte debía morir también si la agredida pertenecía a un familia de posición elevada.

No es hasta la aparición del cristianismo que comienzan las leyes restrictivas al aborto. Para las leyes cristianas el aborto sí es un homicidio, el peor de los crímenes, ya que no se da la oportunidad de borrar el *pecado original* por medio del bautismo. En el antiguo Derecho español abundan las leyes destinadas a reprimir el aborto. El Fuero Juzgo penó severamente a los que dieran abortivos, a las mujeres que los toman y a los que hieren a una mujer embarazada haciéndoles abortar. En las Partidas aparece una distinción tomada del Derecho Canónico entre la muerte del feto con alma y la del feto no animado que se castigaban con la pena de muerte o el destierro a una isla respectivamente.

En las leyes judías se considera al feto como parte de la madre y no una entidad independiente, la Biblia alude al aborto en varias ocasiones.<sup>67</sup> Diversas polémicas se han desatado sobre la interpretación que se debe dar a ciertos pasajes debido a las diversas traducciones que se han hecho, pero según el pensamiento original judío y su interpretación de los textos bíblicos a la luz de la Teología, el aborto no es crimen para el judío, pues el alma es inmortal lo mismo si entra que si sale del cuerpo.

---

<sup>67</sup> "¿Por qué no fui escondido como abortivo  
Como los pequeñitos que  
nunca vieron la luz?" (Pasaje bíblico Job, 3, 16) *Santa Biblia*. Revisión hecha en 1960 de la antigua versión de Casiodoro de Reina en 1569. Editorial Caribe. San José. Costa Rica. 1980. p. 545.

## **B.- Planteamiento del tema.**

La cuestión del aborto en países de tan encarnizado enfrentamiento y de opiniones tan divididas debe resolverse mediante un acuerdo, que encuentre respuestas colectivas que puedan aceptarse con dignidad. Quienes crean que las mujeres tiene un derecho fundamental de tomar sus propias decisiones en materia de aborto, insisten en que cualquier solución aceptable debe respetar este principio; pero ninguna propuesta que respeta tales principios será jamás aceptada por las personas que crean que el aborto es un asesinato que viola los derechos e intereses más fundamentales de los niños no nacidos.

Hay que alcanzar una solución jurídica a esta controversia, que no puede estar reñida con la moral social imperante, pues muchas veces la *ratio legis* no encuentra un fundamento netamente jurídico sino social y moral. Existe una difundida confusión intelectual que debemos identificar y eliminar; y sólo así descubriremos la solución a tan neurálgico debate, jurídicamente hablando, que no insulte ni degrade a ningún grupo y que todos deben aceptar sin menoscabar el respeto a sí mismos.

En términos muy generales esta confusión intelectual se describe así. La discusión pública acerca del aborto no ha sabido reconocer una distinción absolutamente crítica; una parte de la controversia insiste en que la vida humana empieza con la concepción y que el feto es una persona desde ese mismo momento, y entonces el aborto es un asesinato, o un homicidio, o un infanticidio o un ataque a la santidad de la vida humana. Según esta tesis, abortar es inmoral, en un principio porque viola el derecho de alguien a que no le maten, del mismo modo que matar a un adulto es igualmente inmoral porque viola su derecho a la vida. Llamaré a esta objeción al aborto de *carácter derivado*, porque presume y se deriva de derechos e intereses que la objeción asume que tienen todos los seres humanos, incluidos los fetos.

La segunda afirmación que puede hacerse utilizando la retórica conocida es muy diferente. La vida humana tiene un valor intrínseco, innato; la vida humana es sagrada en sí

misma, y comienza cuando se inicia su vida biológica, incluso antes de que la criatura de cuya vida se trata tenga movimiento, sensaciones, intereses o derechos propios. Según esta segunda afirmación, el aborto es inmoral en principio porque desatiende e insulta el valor intrínseco de la vida y su carácter sagrado en cualquier etapa o forma de vida humana. Llamaré a esta objeción la de *carácter autónomo*, porque no depende o presupone ningún interés o derecho particular.

Esta distinción entre fundamentos de carácter derivado y fundamentos de carácter autónomo por los que hay que proteger la vida humana, es aun más fácil de entender en el contexto de la eutanasia. Ambas ideas van en un mismo camino: considerar la inmoralidad del aborto; pero la idea de que el aborto es un acto perverso, porque la vida humana es sagrada, es muy distinta a la afirmación de que es pecado porque el feto tiene derecho a vivir. La primera idea ofrece un argumento en contra del aborto que no presupone en modo alguno que el feto sea una persona con derechos e intereses propios, pues del mismo modo que alguien puede creer que es inmoral retirar el soporte vital que mantiene artificialmente viva a una persona en estado vegetativo permanente, o ayudar a un enfermo terminal de cáncer a que se quite la vida con independencia de que la muerte satisfaga o no los intereses del paciente, uno puede pensar también que es inmoral destruir un feto, con independencia que el feto tenga o no intereses a proteger.

La idea de que la vida humana en cualquier forma tiene un valor intrínseco y sagrado puede, por lo tanto, suministrar una razón para que la gente pueda oponerse violentamente al aborto y considerarlo inmoral en cualquier circunstancia, sin tener que llegar a creer que un reducido conjunto de células recién implantadas en el útero, carentes de órganos, cerebro, o sistema nervioso, ya sea algo con derechos e intereses.

Los resultados de una encuesta realizada por la agencia Yankelovich Clancy Chulman<sup>68</sup> arrojaron resultados que han sorprendido a muchos comentaristas sobre las

---

<sup>68</sup>Encuesta realizada por Yankelovich Clancy Chulman hecha pública el 10 de septiembre de 1992 en el *Public Opinion on Line* disponible en Westlaw, Dialog Library.

diversas y contradictorias opiniones que sobre el aborto tienen los estadounidenses. Por ejemplo, se pidió a los encuestados que eligieran de entre una lista, la respuesta que más se acercara a su opinión; el 36,8% eligió que el aborto es exactamente tan malo como matar a una persona que ya ha nacido, es un asesinato; el 11,5% eligió que el aborto es un asesinato pero no tan malo como matar a alguien ya nacido; y el 28,3% eligió que el aborto no es un asesinato pero sí implica el sacrificio de vida humana.

En otra encuesta encargada por la United States Catholic Conference se preguntó a la gente que valorara tal afirmación: *toda vida humana, incluso la del no nacido debería ser protegida*. El 31% consideró tal afirmación extremadamente convincente, el 29% la consideró muy convincente, el 22% no muy convincente y el 11% no convincente en absoluto. Pero las encuestas también muestran que un número importante y creciente de estadounidenses creen que el aborto no debería ser prohibido por la ley.<sup>69</sup>

En agosto de 1992 se informó que el 49% de las personas encuestadas aceptaban que una mujer debería poder abortar si así lo decide sin importar el motivo, y el 38% estaba de acuerdo en que el aborto debería ser legal en ciertas circunstancias, sólo el 10% dijo que el aborto debería ser ilegal en cualquier circunstancia.

Otra encuesta publicada en julio de 1992 informó que sólo el 26% de quienes respondieron pensaba que el aborto debería ser ilegal, mientras que el 67% pensaba que no debería serlo.<sup>70</sup>

Hay que tener mucho cuidado con la retórica apasionada y carente de premisas científicas al momento de defender una posición en contra del aborto. Muchas personas a quienes se les pide que expresen sus opiniones en forma general, consideran natural utilizar una retórica estridente y acalorada característica de los líderes de varios grupos de presión, y sobre todo de grupos religiosos. Tales personas suelen actuar de manera muy distinta a la

---

<sup>69</sup> Resultados disponibles en la propia publicación anterior.

<sup>70</sup> Idem.

sugerida por su discurso, y es necesario tener muy sólidas teorías sustentadas en valores científicos al momento de explicar por qué se está en contra del aborto. Y entre los males, el menor.

La concepción que basa su fundamento en un carácter autónomo para oponerse al aborto tiene más solidez que las ideas de carácter derivado, al menos no se obliga a pensar que un organismo que no ha tenido nunca una vida psíquica, pueda ya tener intereses. Quienes defienden esta tesis utilizan palabras como asesinato u homicidio para expresar su oposición al aborto, pero pueden llegar a reconocer tras reflexionar que realmente sostienen la concepción de carácter autónomo que anteriormente describimos.

En el caso de la eutanasia hacen idénticas manifestaciones, parece natural que digan, por ejemplo, que permitir morir a una persona en estado vegetativo es una forma de asesinato, pero en realidad lo que quieren decir es que su vida, incluso en ese estado horriblemente degradado era todavía una vida humana, no quieren decir necesariamente que dejar morir a esa persona perjudicara sus intereses, podrían incluso aceptar que la muerte en esas circunstancias fue favorable a sus intereses.

Los científicos no se han puesto todavía de acuerdo en cuanto a en qué momento exacto comienza la vida biológica de cualquier animal, pero parece innegable que un embrión humano es un organismo viviente identificable al menos en el momento en que es implantado en el útero, lo cual ocurre aproximadamente 14 días después de la concepción. También es innegable que las células que componen un embrión implantado ya tienen sus propios códigos biológicos; pero de estos hechos no se deduce que el feto tenga también derechos e intereses del tipo en cuya protección el gobierno pueda tener una responsabilidad de carácter derivada. Esta es claramente una cuestión en gran parte moral, y no biológica.

Vida para los biólogos, es la facultad que tiene el ser vivo para asimilarse y reproducirse; es el estado de actividad de un ser orgánico. La vida como tal, es un bien a proteger y conservar, pero no se identifica con el ser orgánico: este tiene vida, pero no es

vida. No es la vida la que comienza con la unión de los gametos, sino la individualización de quien poseerá este bien.

El aborto, médicamente hablando, y en una noción genética, es la interrupción del embarazo en cualquier momento de la vida intrauterina a partir de la fecundación y antes de que el feto sea viable. La viabilidad significa la posibilidad de subsistir fuera del útero materno. Toda noción jurídica del aborto tiene necesariamente que hacer referencia a la viabilidad del feto y a la intención de provocar la muerte del mismo.<sup>71</sup> Antes de que llegue este momento la mujer ha tenido oportunidad para reflexionar y tomar una decisión al respecto.

Para llegar a una solución pueden tomarse dos caminos: el de la teoría o el de la práctica. La teoría puede a su vez conectarse con la práctica de dos modos o en dos direcciones: desde fuera hacia adentro, es decir, construir teorías generales de la justicia, la ética personal, la interpretación institucional a partir de presupuestos generales acerca de la naturaleza humana, la estructura del lenguaje o del pensamiento, y luego intentar aplicar esas teorías generales a problemas concretos; o podemos proceder en la dirección opuesta, desde dentro hacia afuera, que es lo que intentaríamos hacer; empezar por problemas prácticos como si la ley debería permitir alguna vez el aborto o la eutanasia, y si es así, en qué circunstancias, y entonces preguntarnos qué cuestiones generales de naturaleza filosófica o teórica debemos afrontar para resolver esos problemas prácticos.

El debate es la conjunción de dos elementos: los que opinan que el feto ya es una persona y debe considerársele con los mismos derechos de una persona y por lo tanto, tiene derecho a la vida; y el segundo elemento que se apoya en el respeto al carácter sagrado de la vida humana.

---

<sup>71</sup> Willke, J.C. y esposa. *Manual sobre el aborto*. Editorial EUNSA. Pamplona. España. 1975. pp. 15 y ss.

Los partidarios de la libre decisión de la mujer, defienden el aborto afirmando que el feto es un niño sólo en la misma medida en que puede considerarse que una semilla ya es un árbol.<sup>72</sup>

Aunque no ha quedado delimitado el campo al que se hace referencia, no resultaría ocioso hacerlo. Por supuesto, en todo momento nos hemos estado refiriendo al aborto entendido como aquel que se practica por una causa plenamente justificada, no al libertinaje que se conoce es ejercido por algunas mujeres, sobre todo casi adolescentes, que más que por carecer de la más elemental educación sexual, o ante la ignorancia sobre estos temas que tienen, sea por falta de información de sus padres o maestros, y con total desconocimiento de los riesgos que implica para su propia salud esta operación, lo toman casi como un método muy socorrido de control de la natalidad. Y debe ser entendido por todos que este fenómeno podría ser evitado y controlado, no con leyes restrictivas, ni con criterios morales estrechos, sino con una correcta educación desde las más tempranas edades.

Existe una posición liberal paradigmática acerca del aborto que se divide en cuatro partes y que representa en mucho el sentir de gran número de personas:<sup>73</sup>

- En primer lugar rechaza la posición extrema de que el aborto no es moralmente problemático, e insiste, por el contrario, en que el aborto constituye siempre una grave decisión moral, ya a partir del momento de la concepción el aborto significa la extinción de una vida humana que ha comenzado y esta sola razón conlleva un gran corte moral. El aborto no será nunca permisible por una razón trivial o frívola, no está nunca justificado sino para prevenir un daño serio de cierta clase. Es entonces inmoral que una mujer interrumpa su embarazo para evitar el tener que cancelar un viaje a Europa, o porque quiere una niña y lo que viene es un niño.

<sup>72</sup> Dworkin, Ronald. *El dominio de la vida: una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*. Editorial Ariel. Barcelona, España, 1985. p. 45.

<sup>73</sup> *Ibid.*, pp. 47 y ss.

- En segundo lugar el aborto se justifica por un conjunto de razones contundentes: salvar la vida de la madre, para los casos de violación o incesto, o cuando se ha diagnosticado una severa malformación del feto que hace probable que si llega a nacer el niño tenga una vida breve, dolorosa y frustrante.
- En tercer lugar, la preocupación de la mujer por sus propios intereses se considera una justificación adecuada para el aborto, si las consecuencias del nacimiento del niño para la vida de la mujer o de su familia puedan ser permanentes y graves; abandonar la escuela, renunciar a la oportunidad de una carrera, o a una vida satisfactoria e independiente.
- La cuarta razón es una opinión de índole política que comparten a veces hasta las personas moralmente conservadoras en el tema del aborto. Al menos, hasta la etapa intermedia-final del embarazo en que ya el feto está suficientemente desarrollado como para tener intereses propios, no es de la incumbencia del gobierno intervenir para evitar abortos, incluso, los moralmente no permisibles, pues la cuestión de si un aborto es justificable es algo que en último término debe decidir la mujer embarazada.

### **C.- Dos posiciones encontradas respecto del aborto.**

#### **1.- El aborto y la religión.**

Unos Decretos del Papa Gregorio IX establecían que todo aquel que tratara a un hombre o a una mujer de tal modo que él no pueda generar o ella concebir, o los hijos nacer, debe ser tenido por homicida. Esta amplia concepción del homicidio que incluye no sólo la muerte de un ser humano real, sino cualquier interferencia en la fuerza creativa de Dios, ponía al descubierto las preocupaciones de la Iglesia en torno a la procreación, la anticoncepción y el aborto, que fueron vistos conjuntamente como una ofensa a la dignidad

y santidad de la vida humana. Esta idea fue reformulada en 1968 en la influyente Encíclica del Papa Pablo VI acerca de la anticoncepción, la *Humanae Vitae*:

“De igual manera que el hombre no tiene un dominio ilimitado sobre su cuerpo en general, tampoco, y con mayor razón tiene tal dominio sobre sus facultades específicamente sexuales, pues estas afectan por su propia naturaleza la generación de vida, de la cual Dios es el fuente. Porque la vida humana es sagrada todos los hombres deben reconocer este hecho, recordó nuestro predecesor el Papa Juan XXIII, pues desde sus primeros comienzos necesita de la acción creativa de Dios. Por lo tanto...la interrupción directa de los procesos generativos ya iniciados y, ante todo, el aborto directo, incluso por razones terapéuticas, deben ser excluidos absolutamente como medios legales para controlar el nacimiento de niños. Debe ser igualmente condenada...la esterilización directa, sea del hombre o de la mujer, sea permanente o temporal. Igualmente excluida está una acción que antes, durante o después de la relación sexual, esté específicamente dirigida a evitar la procreación, sea como fin o medio.”<sup>74</sup>

Pero la doctrina católica se está moviendo actualmente en otros campos. Uno de los fenómenos religiosos más interesantes es la aparición actualmente entre los católicos y protestantes que se oponen firmemente a cualquier tipo de aborto, de la doctrina que algunos de ellos llaman *la ética coherente de la vida*. Esta doctrina insiste en que las personas que se oponen al aborto deberían ser consecuentes y mostrar el mismo respeto por la vida humana en sus opiniones sobre otras cuestiones sociales. Los católicos que se oponen al aborto por respeto a la vida humana deberían oponerse también a la pena de muerte, o trabajar seriamente por una política de sanidad para los pobres que sean más justas, promover políticas de bienestar social que mejoren la calidad y duración de la vida humana, y oponerse a la legalización de la eutanasia activa incluso para enfermos terminales.

<sup>74</sup> Traducción al español del *On Human Life: Encyclical Letter of Pope Paul VI*. Catholic Truth Society. 1970. p. 14 y 15.

## **2.- El aborto y los movimientos feministas.**

Parte de la doctrina, y sobre todo mucha de la jurisprudencia que se ha generado en Estados Unidos, argumentan en favor de las leyes que permiten el aborto, que las mujeres tienen un derecho constitucional general a la privacidad, y que de este derecho general se deriva el que las mujeres puedan abortar antes de finalizado el segundo trimestre del embarazo. Algunas mujeres integradas al movimiento feminista, objetan que el llamado derecho a la privacidad, es una ilusión peligrosa, y que en las sociedades contemporáneas dominadas por los hombres, la libertad de elección de la mujer en lo relativo al aborto, no debería ser defendida invocando esta privacidad, sino entendiendo que tal libertad es un aspecto esencial en cualquier intento genuino de progresar en el terreno de la igualdad sexual. El movimiento feminista apela a que el derecho a la privacidad es peligroso en dos sentidos: en primer lugar, insistir en que el sexo es una cuestión privada implica que el gobierno no tiene ninguna preocupación legítima por lo que le ocurra a las mujeres tras la puerta del dormitorio, y en segundo lugar, la afirmación de que el aborto es una cuestión privada parece implicar que el gobierno no tiene ninguna obligación de ayudar a financiar el aborto de las mujeres pobres del mismo modo como les ayuda a financiar el parto.

También el movimiento feminista menosprecia los motivos de los hombres que están a favor del derecho al aborto; las normas liberales en materia de aborto, permiten a los hombres utilizar a las mujeres sexualmente sin ningún temor a las consecuencias de la maternidad. Como toda posición extrema, esta no escapa de rayar en el absurdo pues actualmente, al menos en los países de mediano desarrollo, la mujer está capacitada para tomar sus propias decisiones y manejar como crea pertinente su propia sexualidad.

El argumento feminista más esgrimido es el que se enfoca hacia la subordinación sexual de las mujeres, que debe convertirse en el eje central del debate sobre el aborto. ¿No sería factible analizar que con independencia de que se termine o no con una vida humana, al menos embrionaria, también la mujer, incluso la pareja, tengan la responsabilidad y potestad

de decidir en cuanto a los intereses de otras vidas humanas del entorno, de ellos mismos, o de la sociedad?

#### **D.- Análisis jurídico.**

¿Necesita el aborto de un análisis moral, jurídico o práctico? Creemos que un poco de los tres elementos.

Según la sentencia de 29 de octubre de 1992 dictada por el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, "... el feto no es una persona con derechos e intereses propios y las leyes que prohíben o regulan el aborto sólo pueden ser justificadas por una razón distinta, que es la de poner en riesgo el valor inherente de la vida humana."<sup>75</sup>

Muchos filósofos niegan el valor intrínseco de algo o alguien, sino que sólo hay valor cuando y porque sirven a los intereses de alguien o algo, cuando sirve para obtener lo que se desea.

Pero en el entendido de que ciertamente la vida humana en cualquiera de sus manifestaciones o estadios de formación tienen un valor intrínseco, sería muy cuestionable elegir una alternativa de las que a veces nos ofrece el tema del aborto. ¿Muestra respeto por la vida el médico que permite morir a la madre para salvar al feto? ¿Qué criterios para medir el respeto o el desprecio por la vida humana deberíamos utilizar al emitir estos juicios? Para muchos juristas y filósofos del Derecho, sólo la fría aceptación de que nos encontramos ante el conflicto entre una vida indiscutiblemente humana y las exigencias de una libre autodeterminación ajena capaz de disponer incondicionalmente sobre ella, permitirá abordar la cuestión con el mínimo rigor.

---

<sup>75</sup>Publicación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Vol. 246, serie A. Editorial Carl Heymanns. Colonia, 1992.

Algo es intrínsecamente valioso si su valor es independiente de lo que las personas quieren, disfrutan o necesitan, o de lo que es bueno para ellos. Es instrumentalmente valioso si depende de su utilidad, de su capacidad para ayudar. Y es subjetivamente valioso sólo para aquellas personas que lo desean. La vida humana es valiosa en estos tres sentidos. El embrión más inmaduro es el triunfo del “milagro” de la reproducción humana que hace que cada nuevo ser sea distinto de los seres que lo crearon y al propio tiempo continuación de los mismos. La maravilla del nacimiento es magistralmente descrita por Tolstoi en boca de Levin, en su obra *Ana Karenina*:

“Mientras, al pie de la cama, en las hábiles manos de Lizabeta Petrovna, temblaba la vida de un ser humano, como la pequeña e incierta llama de una luz nocturna —un ser humano que no existía hacía un momento, pero que, con los mismos derechos e importancia para sí mismo que el resto de la humanidad, viviría y crearía a otros a su imagen ...— ¿De dónde y por qué había venido, y quién era? Él no podía entender nada, ni hacerse a la idea.”<sup>76</sup>

Las leyes que prohíben el aborto, lo dificultan o encarecen, privan a la mujer de la libertad sobre su propio cuerpo, sobre la destrucción o construcción de su propia vida. Puede alegarse que la solución está en la adopción, pero normalmente esta salida genera más problemas de los que pretende evitar por el desgarrar psíquico que representa para una mujer desprenderse del fruto ya nacido de su vientre.

Asimismo la ilegalidad del aborto pone en peligro muchas vidas, atenta contra el derecho a la intimidad, a la libertad de elección o toma de decisiones en materia de procreación y reproducción de la mujer.

---

<sup>76</sup>León Tolstoi. *Anna Karenina*. Traducción de Rosemary Edmuns. Editorial Penguin. Nueva York. Estados Unidos. 1978. p.749.

## **E.- Argumentos en contra y a favor del aborto.**

### **1.- Argumentos en contra.**

**a.- La vida humana, sea cual fuera su figura o forma, exige respeto y protección, igualmente desde que el embrión alcanza su identidad genética.**

El derecho a la vida está consagrado en la casi totalidad de las legislaciones modernas, y es por ello, el más universalmente reconocido. Pero eso no lo convierte en el más importante. Ante el dilema del aborto, ¿no se contraponen otros derechos igualmente medulares, como el derecho a la libertad de la mujer manifestado en la libre elección de la mujer o de una pareja del momento para formar una familia?

**b.- Desde el momento de la fecundación puede considerarse como persona al fruto retenido en el útero. Los resultados obtenidos por los estudios de embriología modernos han arrojado que desde el momento de la fecundación, que ocurre aproximadamente a los 14 días del contacto entre el óvulo fértil y el espermatozoide, ya existe un código genético único de ese futuro individuo, y por ello debe considerársele persona con derechos e intereses creados que necesitan protección. Y ya desde determinado momento depende de la madre sólo desde un punto de vista ambiental, pero es capaz de tener sus propias reacciones y signos independientes.<sup>77</sup>**

Esto puede ser cierto biológicamente hablando; pero lleva al absurdo de considerar persona a una masa de células que no tienen ninguna espiritualidad, ni vida física ni psíquica propias, al menos hasta determinado nivel de desarrollo. Aunque se empeñen en negarlo los detractores del aborto, el fruto de la concepción, hasta su nacimiento, es parte de la madre,

---

<sup>77</sup>Para el jurista Herrera Jaramillo, la vida comienza con la fertilización (fecundación del óvulo con el espermatozoide) y en cualquier fase del desarrollo embrionario y fetal hay vida de una persona sin diferencias estructurales y funcionales distintas a las que pueden existir entre un recién nacido y un anciano. El cigoto es una persona (?) y por ello es titular de derechos y deberes naturales ya que tiene su propia individualidad con respecto de la madre y por ser el principio de vida propio y no recibido de otro. Cfr. Herrera Jaramillo, Francisco J. Ob.cit.

porque si no, serían innecesarios los nueve meses de gestación impuestos por la sabia naturaleza.

Consideran que el cigoto tiene una esencia humana, porque de ese embrión no puede desarrollarse un ser distinto al humano; tiene la forma que un humano tendría en los primeros momentos de su vida. El Derecho, como en muchos otros casos, ha necesitado crear ficciones que facilitan la vida jurídica moderna y que respondan a los nuevos requerimientos que imponen los avances de la sociedad; por ejemplo, las personas jurídicas colectivas. Pero desde tiempos tan remotos como el del Derecho romano clásico, ya se le reconocían derechos en favor del *nasciturus*, a los efectos de protegerle en cuanto le beneficiara, ficción que dejaba de tener vigencia una vez ocurrido o no el nacimiento. Pero esto no quiere decir que ya se le tenga como persona al fruto de la concepción.

c.- No pueden tomarse criterios sobre la calidad de la vida al momento de elegir si salvar la vida de la madre o del hijo que está por venir. Todas las vidas son iguales en dignidad, únicas e irrepetibles y se confunde vida, con desarrollo existencial. Entonces no debe elegirse, sino hacer todo lo posible para salvar ambas vidas. "El fin no justifica los medios, ni debemos convertirnos en intérpretes de la felicidad ajena..." dice el jurista español Francisco José Herrera Jaramillo.<sup>78</sup> Idénticas argumentaciones se emplean para criticar el aborto ante una malformación grave detectada al feto. Son los conocidos abortos terapéuticos y eugenésicos.

Demasiadas sutilezas. Pero de eso se trata, de que no existe en muchos casos elección, y es necesario recurrir al aborto para salvar la vida de la madre, o no poner en grave riesgo su salud. Cuestiones de equidad deben primar ante una elección de este tipo. Ante este peligro, o una malformación grave del feto, o ante las renunciadas que deberá hacer la madre de nacer un hijo en ese momento no deseado, deben barajarse criterios que involucren los niveles de frustración, y cuál sería más elevado: si el de una vida que no ha

---

<sup>78</sup> Ibid. p.365.

comenzado, y que anuncia más problemas y sinsabores que los que evita, que tendrá una vida precaria, o el de la futura madre y su entorno familiar y social.

En cuanto a la interrupción de un embarazo por detección precoz de malformaciones graves del feto, es una cuestión aceptada desde la antigüedad con criterios actuales de humanitarismo. En un debate transmitido por la televisión francesa entre dos individuos con criterios opuestos en cuanto al aborto sucedió lo siguiente. Se le preguntó al proabortista:

- "Si usted sabe de un padre sífilítico y de una madre tuberculosa que tuvieron cuatro hijos: el primero nació ciego; el segundo murió nada más nacer; el tercero nació sordomudo; y el cuarto es tuberculoso. La madre queda embarazada de un quinto hijo. ¿Qué haría usted?" El interrogado respondió que interrumpiría ese embarazo.

- "Pues hubiera usted matado a Beethoven."<sup>79</sup>

Pero no se trata de este tipo de malformaciones. Recalamos que son asuntos graves que hagan indigna y onerosa la vida de ese futuro niño, y de su familia. Hay que situarse en las actuales circunstancias, en que un sordomudo, un ciego, un impedido físico-motor tienen la posibilidad de vivir plenamente su vida, y desarrollarse intelectual y espiritualmente como cualquier persona normal.

Los abortos terapéuticos se han considerado como una legítima defensa de la vida de la madre estando por encima de todo el fin de la curación. Será cada vez menos necesario recurrir a ellos ya que gran parte de las enfermedades que antes presentaban problemas, como la tuberculosis, la diabetes o las nefropatías, tienen grandes posibilidades de ser tratadas adecuadamente durante el embarazo, sin riesgos para la vida o salud de la madre, así como el desarrollo alcanzado por la puericultura prenatal y neonatal, la genética, y una rama de la medicina, paralela a la Pediatría, llamada Embriología, es decir, la atención y

<sup>79</sup>Citado por Herrera Jaramillo, Francisco José. Ob.cit. p.379.

medicina del niño antes de nacer, desde dentro del claustro materno, y por la que se puede conocer, investigar y prevenir cualquier anomalía salvable.

Otras enfermedades de transmisión hereditaria como la oligofrenia, la epilepsia, el mal de San Vito, la hemofilia, el mongolismo y el síndrome de Down, pueden ser previstas a tiempo para tomar una decisión antes de que el feto pueda alcanzar su viabilidad; y ya se han logrado, por otra parte, importantes avances en el tratamiento de algunas de estas enfermedades que posibilitan la integración plena de estos individuos a la sociedad.

d.- El fruto de una violación o de un incesto no debe sufrir las consecuencias de ese acto criminal, pues no fue él el causante. Debe pagar quien lo merece, y nada justifica el aborto ante esta circunstancia. El embarazo producto de una violación es una "incomodidad" para la mujer, pero que debe soportar.<sup>80</sup>

Realmente de entre todos los argumentos que tienen que ver con este específico supuesto elegí el menos despreciable, porque lo que resta es realmente irrepetible. La crítica a esta posición no debe hacerse arguyendo que con el aborto se salvaría el honor de la madre, pues una mujer violada no es deshonesta ni mucho menos. La violación es un acto brutal y el aborto puede muy bien parecer un insulto menos grave cuando la vida a que pone fin se originó en un acto semejante. Es un hecho denigrante y repugnante que demerita el amor propio y la autoestima de la mujer, y dar a luz un hijo concebido en estas circunstancias, frustra más que nada sus decisiones creativas.

Por otra parte se está poniendo nuevamente por encima de todo valor, la vida, que es esencial pero no el único ni el más importante.

e.- Dios otorga al feto un alma racional. Este es un argumento doctrinario de índole religioso o teológico, que no es válido constitucional y jurídicamente hablando. Al feto no puede otorgársele personalidad. El Estado puede proteger los intereses de las criaturas que

---

<sup>80</sup>Cfr. Herrera Jaramillo, Francisco José. Ob.cit. pp. 395 y ss.

todavía no son personas, pero nunca de forma que se haga imposible el ejercicio de un derecho fundamental de las personas.

f.- Un país que permita el aborto muestra poco respeto por la vida humana y facilita el asalto, el homicidio. Esta afirmación no puede sostenerse, ya que países con leyes tolerantes en materia de aborto muestran menores índices de criminalidad violenta que países de corte restrictivo.

## **2.- Argumentos a favor.**

De la crítica hecha a las posiciones anteriores, se desprenden algunos de los argumentos a favor de la regulación jurídica del aborto que no repetiremos. Pero otros ya no tan contundentes y hasta absurdos deben referirse.

a.- El aborto es una garantía para la libertad sexual. Esta es la bandera que enarbolan los movimientos feministas radicales y muy equivocadamente. La libertad sexual se alcanza con educación y con la colocación de la mujer al mismo nivel que el hombre, pero no con soluciones tan drásticas, sino con la elevación de su nivel intelectual, su incorporación cada vez más creciente a la sociedad, con el conocimiento de su propia sexualidad y el control de la misma, y por qué no, también necesita de todo esto el hombre. No con el acto sexual irresponsable y la consabida solución —el aborto— va a lograr la mujer ni su igualdad ni su libertad sexual. Y para lograr esto no podrá librar sola la batalla; necesita de todas las fuerzas sociales y del Estado.

b.- El aborto es un método de control de la natalidad. Ya no estamos en la época de Malthus, en que por razones de exceso de población y falta de alimentos, debían eliminarse generaciones en masa, ni en la época del nazismo alemán en que se experimentaba con las embarazadas, o se les interrumpía su gestación para que no nacieran más miembros de la «raza maldita».

Para controlar la natalidad existen muchos otros métodos al alcance de todas las mujeres. Ciertamente es que a partir de la Segunda Guerra Mundial el ritmo de crecimiento de la población produjo una explosión demográfica controlada actualmente. Como en la mayoría de los casos las leyes prohibiendo o permitiendo el aborto responden a razones políticas, en algunos países devastados por esta guerra se crearon programas políticos de control y selección de la población.

En la antigua Unión Soviética, durante el mandato de Stalin en los años 20 y debido a las difíciles condiciones de vida, aumentaron los abortos con el consecuente peligro de que la producción agrícola desapareciera, y que los campos quedaran despoblados. Comenzaron entonces políticas restrictivas que se repitieron en 1944 para reponer las cuantiosas pérdidas humanas de la contienda bélica. En 1955 se publica una ley permitiendo nuevamente el aborto por haberse llegado a un progreso económico y social bastante relevante.<sup>81</sup>

Existen muchas causas sociales que propician el aborto. La primera de ellas, el feminismo y los movimientos de liberación de la mujer a que se ha hecho referencia, que han obtenido logros importantes en cuanto a la educación de la mujer y su independencia profesional; pero que consideran a la maternidad como causa de subordinación sexual permanente hacia el hombre y para su completa liberación habría que reconocerle el derecho a rechazar la maternidad que no quisiera. No se trata de eso.

La segunda de las causas es de índole económica; ingresos bajos, falta de empleos, y de viviendas suficientes, necesidad de superación de la mujer o de realización personal y profesional, el rompimiento del viejo esquema familiar debido a que los adultos incorporados a empleos pasan la mayor parte del día en la calle sin poder brindar una atención adecuada a sus hijos, y ante el hecho prefieren abortar, a asumir esta responsabilidad. No se trata de una decisión tomada a la ligera, sino resultado de una realidad económica que no puede desconocerse.

---

<sup>81</sup> Sebastián Iruazo, Agustín M. *Aspecto ético social del aborto*. Ediciones Culturales. Valencia. España. 1991. p. 36.

La tercera de las causas sociales que influyen en la existencia elevada del aborto, son las madres solteras. Una joven soltera recurre al aborto mucho más que lo que lo haría una divorciada, una viuda, o una mujer casada. Ya no por lo que implica enfrentar la tarea de la educación de un niño sola, sino por el rechazo social que padecen por su "desliz". Deben crearse programas para su participación en la sociedad, su incorporación y no marginación creando programas de ayuda y apoyo, buscándole empleos dignos para su manutención y la del bebé sin tener que recurrir a medios como la prostitución, creando jardines infantiles para el cuidado del menor durante la jornada laboral, etcétera.

Pero no cabe negar que se trata de una realidad que prohibiéndola no va a evitarse, y sí se ahorrarían problemas más graves, sin que ello signifique que quede invalidado el derecho a la vida.

#### **F.- Legislación comparada.**

En casi todo el mundo las discusiones sobre el aborto, son muy encarnizadas en todos los terrenos incluido el político. La guerra entre los grupos antiabortistas y sus adversarios puede considerarse como la nueva versión americana de la guerra de religión en la Europa del siglo XVII. Pero la disputa también afecta a otros países, en Alemania, por ejemplo, se ha dado una gran polémica al momento de adoptar una ley nacional en materia de aborto, que demuestra cuán profunda es la división de opiniones en esta cuestión. Antes de la reunificación en 1989 de la Alemania Oriental con la Occidental, las opiniones con respecto al aborto y las leyes que sobre el asunto existían, diferían dramáticamente. Aunque la ley sobre el aborto de la Alemania Occidental, en su tiempo muy estricta ya había sido liberalizada en los años 60, exigía con todo, un certificado médico para abortar, incluso durante la etapa inicial del embarazo; en la Alemania Oriental, al igual que en muchos otros países del antiguo campo socialista, se permitía el aborto libre y muchas personas lo consideraban como un método natural y normal de control de la natalidad. Finalmente, en 1992, después de un tormentoso debate que dividió al Partido Demócrata en el gobierno,

el Parlamento unificado adoptó una ley de compromiso para toda la Nación y permitió a las mujeres embarazadas decidir por sí mismas abortar durante los tres primeros meses de embarazo. Polonia, otro país del bloque anteriormente socialista, en que el aborto era asequible casi sin obstáculos, pero que a diferencia de Alemania Oriental, es un país predominantemente católico, el cambio político ha producido un resultado muy diferente. En 1993, se adoptó una nueva ley de aborto que resultó más restrictiva que cualquier otra vigente en un país europeo, con la excepción de Irlanda.<sup>82</sup>

Italia y España han liberalizado recientemente su legislación en materia de aborto, pero ello se ha producido con la oposición acérrima de la Iglesia católica que es poderosa políticamente en estos países. Gran Bretaña liberalizó su derecho en 1967 pero gran parte del debate sobre el aborto no cesó y los grupos pro-vida han librado con cierto éxito una intensa batalla para hacer más estricta la ley.<sup>83</sup>

Irlanda está convulsionada una vez más por la cuestión del aborto a pesar del enorme poder político que la Iglesia tiene en ese país. Como en Gran Bretaña se permitía, muchas de las mujeres irlandesas iban a este país a realizar el aborto, pero en 1992, los padres de una menor de 14 años, embarazada como consecuencia de una violación y que estaba a punto de viajar a Londres para abortar, solicitaron información a las autoridades sobre si con un test cromosómico del feto sería útil para descubrir al violador; la policía se dio por oficialmente informada de las intenciones de la adolescente de abortar, y obtuvo una orden judicial que prohibió este acto. Este incidente desató tal ira que el Tribunal Supremo irlandés buscó alguna manera de cancelar la orden, lo cual hizo, y esto a su vez provocó un gran escándalo que obligó al Primer Ministro recién comenzado su mandato a convocar a un nuevo referéndum nacional en noviembre de 1992, negándose los votantes a aprobar una enmienda a la Constitución que permitiera la interrupción del embarazo para proteger la vida de la madre a diferencia de su salud. Pero en cambio sí se aprobó una enmienda para que la

<sup>82</sup> Cfr. Herrera Jaramillo, Francisco José. Ob.cit.

<sup>83</sup> Ver nota periodística que se incluye en los anexos.

Constitución declarara que las mujeres podían viajar al extranjero para abortar así como la obligación de informar sobre este particular libremente a las interesadas.<sup>84</sup>

En Estados Unidos a diferencia de Europa, las opiniones en favor o en contra del aborto y las decisiones que se han tomado por el gobierno, no han estado amparadas en pactos del legislativo, ni ha sido el resultado de luchas, sino que ha derivado de la imperatividad de la Corte Suprema. De acuerdo con la Constitución de Norteamérica, la Corte puede declarar inconstitucional las leyes aprobadas por el Congreso Federal o por cualquiera de los Estado, es decir, pueden invalidarse por contradecir las limitaciones que la Constitución impone a los poderes públicos, y una vez que ha fallado, ningún otro poder del Estado puede desobedecer su decisión.

Así en 1973, en el famoso caso *Roe vs Wade*, la Corte Suprema declaró que la ley del aborto de Texas que criminalizaba el aborto excepto cuando se practicara para salvar la vida de la madre, era inconstitucional.<sup>85</sup> Fue aún más lejos, y dijo que cualquier ley estatal que con el fin de proteger al feto, prohibiera el aborto durante los dos primeros trimestres de embarazo, sería inconstitucional, debiéndose prohibir sólo durante el tercer trimestre. De un solo golpe en Washington, un tribunal de nueve jueces que fueron designados y no elegidos, había cambiado las leyes de casi los cincuenta Estados de la Unión Americana.

Esto produjo opiniones divididas: las mujeres se sintieron favorecidas, y a otras personas, especialmente miembros de grupos religiosos, la sentencia les sentó muy mal, ya que un tribunal lejano les ordenaba aceptar algo que sus instintos y religiones les decían era un asesinato de niños inocentes no nacidos. Y así comenzó la guerra del aborto, que todavía hoy no termina.

En 1992 la Corte Suprema anunció su decisión en el caso *Planned Parenthood of Pennsylvania vs Casey* declarando válidas ciertas restricciones que este Estado había

---

<sup>84</sup> Herrera Jaramillo, Francisco José. Ob.cit.

<sup>85</sup> Dworkin, Ronald. Ob.cit. pp. 56 y ss.

impuesto al aborto. Para sorpresa de muchos, en el curso de esa sentencia anunció que se apoyaba en el caso anterior, o al menos en lo que llamaron su pronunciamiento central. El Presidente Clinton señaló durante la campaña presidencial de 1992, que no nombraría a nadie para la Corte Suprema que votara a favor de revocar el precedente *Roe*, pero mientras la cuestión del aborto siga causando en Estados Unidos tanto enfrentamiento como el producido hasta ahora, el común destino de los mortales y un Presidente distinto, suministraría el quinto voto que necesita la famosa sentencia para convertirse en historia.<sup>86</sup>

Existe una enmienda a la Constitución de los Estados Unidos que declara que el derecho supremo a la vida es conferido a cada ser humano desde el momento de la fertilización, con independencia de la edad, salud, o condiciones de dependencia. Esta enmienda ha estado limitada por la sentencia ya mencionada, dictada en el caso *Roe vs Wade*.

En Irlanda existe una ley antiabortos muy estricta. En Albania e Irlanda del Norte, Portugal, España y Suiza, nominalmente se limita el aborto, incluso durante el comienzo del embarazo, a circunstancias en que la salud general de la madre está amenazada o a casos de violación, incesto o malformaciones del feto. El resto de los países de Europa Occidental, incluyendo Gran Bretaña, Francia, Italia, Alemania y los países escandinavos tienen leyes que permiten explícitamente o en la práctica el aborto casi libre en las primeras etapas del embarazo.

En Holanda, país con una de las leyes de aborto más liberales, existe una de las tasas más bajas de abortos. Esto nos demuestra que con leyes restrictivas no se logra disminuir este fenómeno, que es una realidad que se ha impuesto, y a la que el Derecho no puede dar la espalda.<sup>87</sup>

---

<sup>86</sup> Sebastián Irauzo, Agustín M. Ob.cit.

<sup>87</sup> Idem.

## IV.- La pena de muerte.

### A.- Un poco de historia.

Nunca ha sido discutido ni puesto en duda el hecho de que la pena de muerte fue desde las más remotas civilizaciones, la reina de las penas; era impuesta a quien incumplía las leyes de la tribu, la ciudad, el pueblo o el Estado, y se consideraba que satisfacía al mismo tiempo la necesidad de venganza, de justicia y de seguridad. La pena de muerte ha sido históricamente considerada no sólo como legítima, sino como algo natural.

Su utilización era descrita por Platón en algunos de sus escritos sobre las leyes penales: "La pena debe tener como fin mejorar, ... pero si se demuestra que el delincuente es incurable, la muerte será para él el menor de los males."<sup>88</sup> Pagar con la muerte a quien la ha provocado de manera intencionada, tiene su origen en la doctrina del trueque o Ley del Talión, más antigua aún que Platón, y que ha sido utilizada a lo largo de toda la historia del Derecho penal llegando casi intacta a nuestros días.

En Roma la pena era de carácter infamante y sacral, era realizada en la plaza pública, y no distinguía entre personas libres o esclavos, ni ciudadanos o extranjeros. Posteriormente se creó la opción de la *interdictio* como un medio concedido al condenado para evitar la muerte siempre que se marchara para nunca más volver a Roma; su permanencia o retorno significaban la muerte segura. Como penas autónomas que conducían irremediabilmente a la muerte por medio de tormentos y castigos se encontraban las *summae supplicias*, en ellas la muerte adquiere carácter subordinado, y las formas más utilizadas fueron la crucifixión, la condena a las bestias —o *bestiis obiectio* en que se arrojaba al delincuente a las fieras para que les sirviese de cebo en los combates públicos, convirtiéndose en un auténtico espectáculo popular— y la vivicombustión —que se aplicaba a los autores de incendios dolosos—.

<sup>88</sup>Platón. *Las Leyes*. Libro IX. Traducción al castellano de F. Cervera San Felipe. Editorial Iberia. Barcelona. España. 1962.

En el Derecho germano primitivo las ofensas eran resueltas privadamente por los familiares o la propia víctima por medio de la venganza, con la única limitación de causar un mal igual al experimentado. Posteriormente, en su etapa medieval, se previó para cada clase de delito una modalidad determinada de ejecución capital; el ahorcamiento era especialmente deshonroso y reservado para crímenes de particular gravedad. Ya en la Baja Edad Media fue exclusivamente aplicado a los judíos.

En la Edad Media, una vez despojados los campesinos medievales de sus tierras, pasaron a formar parte de masas innumerables de gentes pobres y desposeídas que invadían las ciudades y pululaban por los caminos. Contra ellos se dictaron leyes inhumanas y de una crueldad extraordinaria. Por ejemplo, durante el reinado de Enrique VIII en el siglo XVI fueron ejecutados en Inglaterra como «vagabundos» más de 72.000 personas. El sentido de venganza, de escarmiento y de desquite que tenía la pena de muerte justificaba todas las atrocidades que la víctima sufría antes de expirar.

El Cristianismo en sus primeros tiempos se mostró decididamente adverso a las penas corporales y capitales; pero tres siglos más tarde la Iglesia, ya no sojuzgada, sino como uno de los más influyentes poderes del Estado, se desvía del antiguo rigor doctrinal, y la ejecución capital no se considera ya un derramamiento de sangre prohibido, sino una acción permitida por la ley, que Dios no puede desaprobado. Incluso no faltaron exégetas que encontraron en la Biblia pasajes que creen pueden legitimar la máxima pena. En relación al delito de herejía, la Iglesia no sólo no se opuso jamás a la aplicación de la pena capital, sino que explícitamente la aceptaba, cuando en su confusión con el Estado, aparece como fundadora de una de las instituciones más macabras que han existido en la Historia: la Inquisición.<sup>89</sup>

---

<sup>89</sup>Para un análisis más acabado de los antecedentes de la pena de muerte en los derechos romano, germánico y canónico, cfr. Barbero Santos, Marino. *La pena de muerte en el derecho histórico y actual*. Boletín Oficial del Estado. Madrid. España. 1978. pp. 28-45.

Con el Iluminismo, en el siglo XVIII se tropieza por vez primera con las primeras objeciones a la licitud de la pena capital, disputa que se debe a la publicación en 1764 del conocido libro de Cesar de Bonesana, marqués de Beccaria, *De los delitos y las penas*. Es la primera obra que se enfrenta seriamente al problema y ofrece argumentos racionales que ponen en tela de juicio la utilización de esta sanción extrema.

Beccaria parte del análisis de la función intimidatoria de la pena: "El fin [de la pena] no es otro que impedir al reo realizar nuevos daños a los ciudadanos y desanimar a los demás de hacerlo."<sup>90</sup> Pero su fuerza intimidatoria no descansa en su crueldad, sino en la efectividad del sistema para lograr con certeza el castigo a quien haya delinuido; y no tanto en la intensidad de la pena, sino en su extensión. "Uno de los mayores frenos de los delitos no es la crueldad de las penas, sino su infalibilidad y, por consiguiente, la vigilancia de los magistrados y la severidad de un juez inexorable que, para ser una eficaz virtud, debe estar acompañada por una dulce legislación".<sup>91</sup>

Es decir, para Beccaria no es necesaria que la pena sea cruel, debe ser moderada y cierta; la intimidación no nace de la intensidad sino de la extensión de la pena. La pérdida total y perpetua de la libertad personal es más intimidatoria que la pena de muerte. Estos son sus argumentos utilitaristas, pero el tercero, denominado contractualista, no tuvo la misma acogida. Deriva de la teoría del contrato social; si la sociedad es un acuerdo entre individuos para protegerse de las adversidades, no se concibe que ellos mismos hayan puesto a disposición de sus semejantes el derecho a la vida. Sin embargo, Beccaria admitió en dos supuestos excepcionales, no que la pena de muerte fuese necesaria ni justa, sino que pudiera convertirse en necesaria y justa cuando un ciudadano aun privado de su libertad tuviera tantas relaciones y poder que su existencia fuera un peligro para la forma de gobierno establecida, o cuando la muerte constituya el único y verdadero freno para apartar a los demás de cometer delitos.

---

<sup>90</sup> Beccaria, César. *De los delitos y las penas*. Traducción al castellano de J.A. de las Casas. Alianza Editorial. Madrid, España. 1968. p. 31.

<sup>91</sup> *Ibid.* p. 59.

Este libro de Beccaria además de lanzarlo a la inmortalidad, gozó de gran fama entre filósofos y juristas, y desató el gran debate que hizo posible que en 1786 se dictara la primera ley penal que abolió la pena de muerte: la Ley del gran ducado de Toscana. Su influencia llegó a la Rusia de Catalina II quien defendió a finales de 1765 la ineficacia y brutalidad de la pena de muerte. Pero no pasó de ahí su resonancia práctica, la pena de muerte perduró en todos los países y en la filosofía penal de la época.

Desde mediados del siglo XVIII hasta principios del siglo XIX se produce un vasto movimiento abolicionista en Europa; y fue intensa y apasionada la disputa en fechas posteriores. Desde un poco antes Rosseau en su *Contrato Social* había rechazado todo intento de eliminación de la pena capital, anticipándose al argumento contractualista de Beccaria, cuando expone que para no ser víctima de un asesino se acepta morir si uno se convierte en tal, y por tanto el Estado tiene el derecho a la vida no para destruirla sino para preservarla.

Kant y Hegel defendieron la función retributiva de la pena, que no es deseable para prevenir delitos, sino simplemente para hacer justicia, de modo que se corresponda el delito con el castigo. "Si ha matado, debe morir. No hay ningún equivalente, ninguna conmutación de pena, que pueda satisfacer la justicia. No existe ningún parangón entre una vida, por penosa que sea, y la muerte, y, en consecuencia, tampoco hay compensación entre el delito y el castigo, si no es matando al culpable por disposición judicial, aunque ciertamente con una muerte libre de cualquier ultraje que convierta en un espantapájaros la humanidad en la persona del que la sufre."<sup>22</sup>

Es paradójico que uno de los mayores partidarios de la abolición de la pena de muerte fuera quien en la etapa de la Restauración pasara a la Historia como el mayor responsable del terror y el asesinato indiscriminado, que él mismo padeció en 1791 para demostrar su teoría de que la Revolución devora a sus propios hijos: Robespierre, quien

---

<sup>22</sup>Kant, Emmanuel. *La metafísica de las costumbres*. Traducción, estudio preliminar y notas de A. Cortina. Editorial Tecnos, S.A. Madrid. España. 1989. p. 322.

rechazó el argumento de la intimidación alegando que no era cierto que la pena de muerte fuera más intimidatoria que otras penas, ni que se tratara de un problema de justicia. La medida de las penas es señal de la civilización de sus pueblos en sentido inverso.

El éxito de la obra de Beccaria no descansa en que haya producido el debate de la pena de muerte encaminado a su abolición, sino, fundamentalmente, a su limitación a delitos graves, a la eliminación de los tormentos y crueles suplicios que normalmente la precedían, y a la eliminación de su carácter público y espectacular.

En cuanto a las formas de ejecutar las penas de muerte, se han utilizado históricamente múltiples métodos, desde el enterramiento vivo, con sus colaterales tormentos, hasta la lapidación, el arrastramiento, el descuartizamiento, el lanzamiento al vacío o a las bestias de cualquier tipo, el cuerpo atravesado por artefactos que ni la más fértil imaginación puede sospechar hoy, desde la crucifixión, los azotes, el potro, la rueda, el tormento del agua en que se moría por asfixia, hasta el linchamiento, y la hoguera.

Importantes escritores se pronuncian al respecto. Se ha sabido que a principios de los años 80 apareció un libro en Francia que recoge una serie de escritos de Víctor Hugo sobre la pena de muerte; es una lástima no haberlo encontrado, pero fue él uno de los más fervientes defensores de la abolición de la pena capital, de lo cual dejó constancia durante toda su vida, tanto en su literatura, como en su actividad política.

“El patíbulo, cuando está allí, enderezado en alto, tiene algo de alucinante. Se puede ser indiferente hacia la pena de muerte y no pronunciarse, no diré ni sí ni no, hasta que no se ha visto una guillotina. Pero si se encuentra una, la sacudida es violenta y es necesario decidirse a tomar partido en pro o en contra.”<sup>93</sup>

---

<sup>93</sup> Hugo, Víctor. *Los Miserables*. Librería Larousse. París. Francia. 1972.

Desde mediados del pasado siglo y hasta la Primera Guerra Mundial prosigue el movimiento abolicionista doctrinal y legislativo, y entre las dos grandes confrontaciones mundiales sucede lo contrario por aumentar la criminalidad violenta y las sangrientas conmociones políticas y sociales.

Pero justo es decir, que si bien no se ha eliminado enteramente de muchas legislaciones la posibilidad de aplicación de esta pena, actualmente sólo está prevista para delitos extremadamente graves, con carácter excepcional y en muchos casos su ejecución se suspende, por lo que no quedó en terreno baldío la polémica iluminista. A partir de la Segunda Guerra Mundial, al menos un país elimina por año la pena de muerte para delitos comunes o para todos los delitos, y en la actualidad más del 40% la han abolido de hecho y de derecho.

#### **B.- Planteamiento del problema.**

Ya se había anunciado en el segundo capítulo la importancia que merecía un análisis de esta institución para completar en lo posible el estudio de las implicaciones que se derivan del reconocimiento de los derechos de la personalidad, especialmente, del derecho a la vida.

La inclusión de este tema en este capítulo obedece a la discrepancia que ofrece con el derecho a la vida del que todo hombre es acreedor. Los argumentos en pro y en contra dependen en mucha medida de la función que se estime debe cumplir la pena, y más que ello, la preponderancia del derecho a la vida, por sobre su disposición por autoridad judicial como sanción por un delito. El debate recae sobre el problema de si es moral y/o jurídicamente lícito por parte del Estado castigar matando, incluso respetando todas las garantías procesales, y su intensidad deriva de su inserción dentro de una de las polémicas que han comprometido más intensamente a muchas personas actualmente: el debate sobre el derecho a la vida.

¿Es éticamente lícita? ¿Es políticamente oportuna? Una medida éticamente justa puede ser políticamente inoportuna y viceversa. No se puede razonar una actitud en un sentido u otro desde prismas sentimentales, éticos o morales pues tales factores, de indudable influencia en la polémica, son intrínsecos a la persona que se enfrenta al problema, y por ello no son sólo respetables, sino irrefutables desde cada punto de vista particular.

Comencemos por la esencia de las posiciones retributivas y preventivas de la pena. Algunos penalistas le atribuyen a la pena una función retributiva que descansa en la idea de la justicia o igualdad entre el mal causado y el castigo impuesto —ley del Talión—, y por consiguiente, es justo que quien mate sea muerto pues no tiene derecho a la vida quien no la respeta.

Sin embargo, la corriente utilitarista de esta concepción se niega a admitir la pena de muerte como lícita, pues existiendo otras opciones, no es necesaria ni útil. Otros le atribuyen una función preventiva según la cual la función de la pena es desalentar con la amenaza de un mal las acciones que se consideran dañosas. Así la pena capital se puede justificar si logra intimidar más que otras penas.

Otras concepciones de la pena tienen, a este efecto, menor importancia. La pena como expiación, según la cual hay que seguir viviendo para contribuir, a través del sufrimiento, a la liberación del mal realizado; pero sus detractores opinan que sólo se expía con la muerte, con la purificación de la culpa, con la cancelación de la mancha: la sangre se lava con sangre. La pena como corrección, que excluye totalmente la posibilidad de la pena de muerte, pues hasta el más perverso de los criminales puede corregirse o rehabilitarse, y si se le mata se le impide la oportunidad de redención que no puede negarse a nadie, para enmendarse es necesario vivir; y nada mejor que el trabajo —que llevado a su extremo puede convertirse en lo que fueron los campos de concentración nazis, en que rezaba el lema “El trabajo nos hace libres”—. Y la pena como defensa social, pues la única forma de defenderse de los criminales más peligrosos es eliminándolos, excepto que se interpongan razones humanitarias.

Los seguidores de la pena de muerte siguen un criterio ético de la justicia, independientemente que sea útil o no. Para los abolicionistas rige el principio del utilitarismo, la pena de muerte no es útil independientemente de toda consideración de justicia, pues no sirve a los fines que debe proponerse el Estado.

La escasa fuerza intimidatoria de la pena de muerte que es esgrimida como argumento abolicionista, encuentra su punto débil en el hecho de que si se llega a demostrar que la muerte tiene, en determinadas situaciones, un poder persuasivo mayor que otras penas podría obligar a su mantenimiento o a su restablecimiento. Y la fuerza de la teoría retributiva que descansa en el principio de la justicia según la cual, una de las reglas sobre las que descansa la convivencia social es la proporción entre el dar o el hacer y el recibir, tiene su limitación en la estimación de que la única posible correspondencia de matar sea matar.

Comienzan y se desarrollan así discusiones bizantinas, que más parecen diálogos entre sordos. No hay argumento de una de las partes que no sea rebatido por la otra; no hay una buena razón en defensa de una de las tesis que no sea contradicha por otra buena razón de la tesis opuesta.

Un argumento que podría oponerse en el terreno jurídico a la existencia de esta pena es su irreversibilidad, y con ella, lo irremediable del error judicial, la falibilidad del juicio humano; en los tratados que de la materia se escriben por abolicionistas, no se deja nunca pasar la oportunidad de citar casos en que el ejecutado ha resultado ser inocente, y esto se ha descubierto después de su muerte, enarbolando como bandera la conocida máxima que es preferible absolver a un culpable que sancionar a un inocente. Esta posición encuentra su contrapartida en la de la reincidencia; en este último caso se ha comprobado también que asesinos condenados a muerte, luego redimidos y puesto en libertad, han vuelto a cometer otros actos de similar naturaleza; surge entonces la disyuntiva de si de haberse ejecutado la pena capital, se habrían salvado esas vidas humanas, y si valió la pena ahorrarse la vida de un

delincuente, para sacrificar la de un inocente. ¿Importa más que un inocente perezca con tal de que un criminal se salve?

Es muy común en todas las actuales legislaciones penales las rebajas de condena, o la libertad condicional de los reos, que en la práctica no llegan a cubrir ni la mitad de la sanción. Es obvio que ante la imagen que se tiene de que *"total, si va a estar fuera en tres meses"*, se presenten dudas de si en casos de reincidentes se deba prescindir de la pena de muerte en los delitos especialmente graves para los que está prevista.

La concepción orgánica del Estado, según la cual, utilizando el principio aristotélico dominante en el mundo antiguo y en la Edad Media, «el todo está antes que las partes», ha ofrecido una de las justificantes más socorridas de la pena de muerte. Si el hombre no puede vivir fuera del cuerpo social del que es un miembro, la vida, o mejor, la supervivencia del cuerpo social en su totalidad es un bien de superior consideración que la de una de sus partes, y la vida del individuo debe ser sacrificada por la del todo cuando se corre el riesgo de infectar y contagiar la vida de la totalidad. Así, si un hombre es un peligro para la comunidad es loable y aconsejable su eliminación en beneficio de todos.

La posición que se asuma dependerá de la perspectiva en que se sitúe quien opina: desde el punto de vista del criminal, nadie duda que deban ser tributarios del mismo derecho a la vida que los demás seres humanos, y no merezcan morir; desde el punto de vista de sus víctimas y sus familiares, tanto derecho tenían como su verdugo a vivir, y se les ha privado de ello. ¿Qué fuerza humana o moral impide que se haga lo mismo con él?

Nada se puede esperar de los sondeos de opinión para el establecimiento o abolición de esta pena, pues el comportamiento de las masas varía según la situación de mayor o menor tranquilidad social o de sus propias experiencias. El sentimiento popular es voluble, y fácilmente influenciado por las circunstancias; cuestiones de esta naturaleza no admiten ser resueltas por la regla de las mayorías, aunque pueda tomarse como un elemento más de valoración.

Las justificantes que descansan en considerar la pena de muerte como legítima defensa de la colectividad contra sus agresores o derivada del estado de necesidad, podrán emplearse como *simil*, pero carecen de fundamento jurídico. La legítima defensa nace y es causa de justificación cuando se produce como respuesta inmediata a una agresión y ante la imposibilidad de hacer otra cosa; la colectividad y el Estado reaccionan después de un proceso, a veces bastante largo, y cuentan con otras herramientas alternativas. El Estado no puede actuar como un simple individuo, debe actuar con desapasionamiento, meditación, reflexiva y racionalmente. Existen, además, penas alternativas que pueden proteger a la sociedad en la misma medida que lo haría la pena de muerte, que no hace más que distraer la atención acerca de la urgente necesidad de métodos de protección más eficaces que al mismo tiempo mantengan y aumenten el respeto por la vida.

Norberto Bobbio limita su repulsa a la pena de muerte al imperativo o mandamiento moral de «no matarás».<sup>94</sup> Parece ingenuo, pero surgen con ello serias implicaciones: por un lado, ¿por qué rige para unos, los más, y no para quienes privan sin razón ni medida de la vida a otros, para los criminales?; y por otro, ¿no es el homicidio legal, frío y premeditado, incomparablemente más horrendo que el de los delincuentes? Al Estado corresponde el privilegio y el beneficio del monopolio de la fuerza, y debe usarlo debidamente.

“Para quien entiende que el «no matar» tiene una validez absoluta y es, por tanto, en sentido kantiano, un imperativo categórico que no admite excepciones, el problema de la pena de muerte está ya resuelto: la pena capital es, en cualquier caso ilícita. Pero, ¿existen imperativos categóricos?...nadie de los contendientes parte del presupuesto de la validez absoluta del precepto «no matar», ni, por tanto, de la consideración del derecho a la vida como derecho absoluto, válido en cualquier caso, sin excepciones.”<sup>95</sup>

<sup>94</sup> Bobbio, Norberto. *El tiempo de los derechos*. Traducción de Rafael de Asís. Editorial Sistema. Madrid. España. 1991. p. 217.

<sup>95</sup> *Ibid.* p. 228.

Pero el propio autor admite que un principio de gobierno aplicado sin excepciones termina por legitimar lo que él que llama «tiranía», y se pregunta si la pena de muerte no será una de estas excepciones. Como a quien alega las excepciones es a quien le corresponde justificarlas, son los antiabolicionistas quienes deben ofrecer los argumentos convincentes en este sentido. Este argumento puede utilizarse tanto a favor como en contra de la pena de muerte. La condena capital al homicida es una prueba solemne del mandamiento de no matar en el sentido que la vida del otro debe ser respetada si se quiere que lo sea la propia; por el contrario la pena capital es una inaceptable violación de la prohibición de matar.

Tampoco puede plantearse el problema de la ilegitimidad de la pena de muerte, sino partiendo de las circunstancias normales o excepcionales por las que atraviese un Estado en determinado momento.

En un libro publicado por Amnistía Internacional de gran valor documental, pero escrito con el apasionamiento que a la defensa de los derechos del hombre imprime siempre esta organización, se brindan argumentos en oposición a la pena de muerte que se alejan un tanto de su análisis jurídico. Sus razones son similares a algunas de las explicadas brevemente en lo que antecede: en ningún lugar se ha demostrado que la pena de muerte posea una eficacia especial para la reducción de la delincuencia; no es un acto de legítima defensa; no hay forma de comprobar con esta ejecución si el reo volvería a reincidir en el delito; el derecho a la vida es inalienable; los ordenamientos penales no prescriben que se queme la casa de quien ha provocado un incendio, ni que se viole a un violador; no puede servir de condena al acto de matar esa propia acción; no es válido el argumento de que algunas personas merecen morir pues el Estado no podrá nunca determinar con exactitud quiénes son esas personas; los sistemas jurídico-penales son vulnerables a la discriminación, al error, a decisiones discrecionales, de política criminal, a la opinión pública; etcétera.<sup>96</sup>

---

<sup>96</sup> Amnistía Internacional. *Cuando es el Estado el que mata... Los derechos humanos frente a la pena de muerte*. EDAI. Madrid. España. 1989.

Todos estos elementos son válidos, pero este informe se matiza con ejemplos de casos extremos de países muy determinados que aplican la pena de muerte para delitos de segunda o tercera categoría. Por ejemplo, en Irán se han ejecutado personas por adulterio, en la antigua Unión Soviética por soborno, por venta de pornografía en China. Para poder realizar un serio análisis de esta problemática debemos tomar la media en el mundo; legislaciones que no estén tan influidas por concepciones religiosas extremas, por la discriminación, y cuyos sistemas judiciales cuenten con los mínimos rudimentos para la seguridad y eficacia de la impartición de justicia.

Otros argumentos empleados a favor de la retención de esta pena se encaminan a demostrar que las ejecuciones responden a necesidades de la sociedad que no podrían satisfacerse de otra manera; a su carácter disuasorio —como si los que cometen delitos de gran envergadura, se detuvieran a calcular racionalmente las consecuencias de sus actos—; a la necesidad de este mal para eliminar otros mayores como el tráfico de drogas; el coste económico de las prisiones; la importancia de la opinión pública.

El argumento más sólido para rebatir el mantenimiento de la pena de muerte estimamos que es la lección que la Historia se ha encargado de demostrar a cada paso: la violencia no genera más que violencia, aunque esté precedida y acompañada por un rosario de justificaciones éticas, jurídicas y sociológicas.

En el plano teórico e ideal los argumentos abolicionistas ofrecen mejores razones que sus contrarios. No obstante ello, en las condiciones actuales en que son noticia cotidiana los secuestros, los atentados con explosivos, los asesinatos de funcionarios e inocentes verdaderamente horribles, los secuestros de aviones en que los resultados son casi siempre drásticos, provocando la muerte o mutilación de los elegidos y de los que casualmente estaban por ahí, debe mantenerse la opción de responder con la más severa de las medidas a estos quebrantos. Y no podemos menos que pensar en la cantidad de vidas inocentes que se han cobrado los actos terroristas de los miembros del grupo E.T.A. dentro y fuera de España, que merecen para sus perpetradores peor castigo que la muerte.

Paulatinamente se ha producido un proceso paralelo a la eliminación total de la pena de muerte que es ya la última frontera de los abolicionistas, con medidas y principios que la van deslegitimizando: la reducción de su aplicación a delitos particularmente graves; su no aplicación retroactiva; la exclusión de niños, adolescentes, ancianos y mujeres embarazadas o de reciente alumbramiento; la previsión siempre de penas alternativas; juicios justos; eliminación de toda crueldad mayor que no sea la de la certeza de la propia muerte, erradicando los rituales y esperas desasosegadoras; las suspensiones sistemáticas de ejecuciones o su conmutación por largas condenas privativas de la libertad.

Los métodos que se encuentran actualmente vigentes para la ejecución de la pena de muerte son la horca, el garrote, el fusilamiento, la silla eléctrica, la cámara de gas y la inyección letal. La muerte por decapitación utilizando la guillotina estuvo vigente en Francia hasta 1981. Por mucho que se quiera "humanizar" el acto de ejecución de la pena capital, cualquier relato de los detalles de cómo se desenvuelven resulta escalofriante: la angustia previa de los condenados ante la certeza de la muerte, la agonía cuando en muchos casos no es instantánea la muerte, las convulsiones de sus cuerpos.<sup>97</sup>

No dudamos de que en algún momento la desaparición total de la pena de muerte será una realidad, lo cual significaría un signo inconfundible del progreso de la civilización, pero no es aún el momento. La pena de muerte ya ha dejado de ser, como lo fue por siglos, la pena por excelencia. Mejor síntoma de progreso preferimos sea la eliminación de estas conductas delictivas, que no exista nadie que se considere con derecho a acabar con la vida de alguien por motivos tan deleznable y mezquinos, como su propia satisfacción enfermiza, o por robar a veces escasas sumas de dinero, o disponer de los más preciosos derechos de una persona, como son su libertad personal, sexual o en cualquiera de sus manifestaciones. "La historia entera del progreso humano ha sido una serie de transiciones a través de las

---

<sup>97</sup> Cfr. Sueiro, Daniel. *La pena de muerte y los derechos humanos*. Capítulo 3. Los procedimientos vigentes. Alianza Editorial. Madrid. España. 1987. pp. 43-164. En estas páginas se brindan detalles muy descriptivos y estremecedores de la forma en que se ejecutan en la actualidad los métodos previstos.

cuales una costumbre o una institución tras otra han pasado de ser presumiblemente necesarias a la existencia social, al rango de injusticias universalmente condenadas."<sup>98</sup>

### **C.- Legislación comparada.**

Es en las Constituciones de cada Estado en que se hacen los pronunciamientos que regirán la actitud de ese país con relación a la pena de muerte: unas taxativamente la prohíben y otras permiten al legislador penal establecerla, aunque este posteriormente lo haga o no.

Algunos de los países cuya legislación no prevé la pena de muerte para ningún delito son, en orden de abolición los siguientes: Venezuela, San Marino, Costa Rica, Ecuador, Colombia, Uruguay, Islandia, Alemania, Austria, Finlandia, Suecia, Portugal, Francia, Luxemburgo, Noruega, Dinamarca hasta completar un número de aproximadamente 40 países.

Otros ya la han abolido para delitos ordinarios, y las prevén para delitos excepcionales, sobre todo de carácter militar y para tiempos de guerra: Suiza, Israel, Italia, Argentina, Brasil, España, Inglaterra, México, Perú, Canadá, El Salvador, Argentina hasta completar una cantidad de más de 20 países aproximadamente.

Otro grupo de países son abolicionistas de hecho, esto es, que la tienen prevista en la legislación para delitos ordinarios, pero no se ha realizado ninguna ejecución desde hace 20 años o más: Bélgica, Grecia, Irlanda, Madagascar, Bolivia, Paraguay, Senegal, Togo, hasta completar un número de 30 países aproximadamente.

Y los más son países retencionistas, alrededor de 100, que mantienen la pena de muerte para delitos ordinarios: Cuba, Angola, Argelia, Corea del Norte y del Sur, Egipto,

---

<sup>98</sup> Stuart Mill, John. *Utilitarianismo*. Traducción de Esperanza Guisán. Alianza Editorial. Madrid. España. 1985. p. 94.

Etiopía, Estados Unidos, China, Guatemala, Irán, Iraq, Japón, Marruecos, Mozambique, Namibia, Sudáfrica, Afganistán, Bahamas, Emiratos Árabes Unidos, etcétera.

En México entre 1985 y 1988 no tuvo lugar ninguna ejecución. La Constitución la prevé para el traidor de la Patria en guerra extranjera, el parricida, el homicida con alevosía, premeditación y ventaja, al incendiario y a los reos de delitos graves del orden militar.

Cuba es un país retencionista. De 1985 a 1988 se llevaron a cabo 4 ejecuciones por delitos de asesinatos, y está también prevista para delitos contra la seguridad del Estado, y delitos de tipo sexual, pero siempre su aplicación es discrecional, y se presenta siempre con alternativas de penas privativas de libertad. En la Ley de los Delitos Militares está prevista para 19 figuras delictivas. Su ejecución es excepcional, no se aplica en ningún caso a menores de 20 años, ni a mujeres embarazadas; de hecho en Cuba nunca se ha ejecutado a una mujer. La apelación de esta sentencia es automática ante el Tribunal Supremo, que si la confirma, pasa al Ministerio de Justicia y luego al Consejo de Estado, órgano facultado para otorgar la conmutación de la pena máxima, por la de 30 años de privación de libertad. Entre 1959 y 1987 se dictaron 237 penas de muerte, sobre todo al inicio de la Revolución por delitos relacionados con el sabotaje y la participación especialmente sanguinaria de algunos elementos del régimen anterior, y se ejecutaron toda excepto 21.<sup>99</sup>

En el plano internacional, la Declaración Universal de Derechos Humanos del año 1948 establece el derecho a la vida y a la seguridad de todas las personas, y la prohibición de torturas, penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes; pero nada se dice directamente de la pena de muerte.

El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950 ampara el derecho de toda persona a la vida, y la imposibilidad de ser privado de ella intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga pena

---

<sup>99</sup>Datos tomados del informe elaborado por Amnistía Internacional y que está actualizado hasta el año 1988. Cuando es el Estado... Ob.cit. pp. 304-309.

capital dictada por un tribunal competente y por delitos para el que esté prevista. El Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos de 19 de diciembre de 1966 es más específico al establecer que en los países que no se haya abolido la pena de muerte ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves y de conformidad con las leyes vigentes en ese momento y siempre que no se contravenga el espíritu de ese Pacto, prohibiéndose su imposición a menores de 18 años, y a mujeres en estado de gravidez, además de conceder el derecho a solicitar el indulto, la amnistía o la conmutación a todo condenado a muerte. Se desprende la clara posición abolicionista de la comunidad internacional en la actualidad, tratándose a la pena de muerte como algo transitorio, en vías de eliminación.

Para las situaciones en tiempos de guerra y con referencia a la pena de muerte rigen los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, y los Protocolos Adicionales a los mismos dictados en la Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario, en que se prevén garantías procesales tanto para los prisioneros de guerra como para el personal civil, deslindando el tratamiento de unos y otros.<sup>100</sup>

La Convención Americana sobre Derechos Humanos celebrada en San José de Costa Rica en noviembre de 1969, establece que en los países en que exista la pena de muerte, ésta debe imponerse para los delitos más graves, prohibiendo su restablecimiento en países que ya la han abolido.

## **V.- Implante y donación de órganos.**

Derivado del reconocimiento de los derechos de la personalidad que atañen a la integridad física y al propio cuerpo vivo o muerto, aparece la problemática de innegable actualidad, referida a la donación e implantes de órganos.

---

<sup>100</sup> Manual de la Cruz Roja Internacional. Comité Internacional de la Cruz Roja/Liga de Sociedades de la Cruz Roja. Onceava edición. Ginebra. Suiza. 1975.

### **A.- Breve repaso histórico.**

La idea de trasplantar una parte de un ser humano en otro no es nueva. Hace 3.000 años en la India se practicaron auto y heteroinjertos de piel con la idea de reconstruir un órgano destruido, especialmente la nariz. Los árabes mucho después intentaron los injertos de piel con resultados diferentes, experimentando ya no sólo con la piel, sino con los cartilagos, los huesos, y los tendones en los siglos XVI, XVIII y XIX.

Se cuenta la legendaria historia de San Cosme y San Damián quienes cambiaron la pierna destruida de un paciente por otra nueva. Un famoso dentista inglés en el siglo XVIII comenzó a reimplantar dientes, práctica que era conocida desde época de los etruscos y los egipcios. Se realiza la primera operación de trasplante de tendones en la mano logrando devolverle el movimiento en 1770 y la primera implantación exitosa de córnea.

Pero no es hasta 1902 en que se comienzan las primeras experimentaciones realmente serias en animales, detectándose que rechazaban el órgano implantado como si se tratara de un cuerpo extraño, que fue inicialmente atribuido a fenómenos de inmunidad celular. Comienzan a sucederse en 1936 el primer trasplante renal en un ser humano, en 1950 varios injertos renales y el primer trasplante pulmonar, en 1954 el primer trasplante de hígado, en 1966 el primer trasplante de páncreas, y en 1967 el primer trasplante triple (riñón, páncreas y duodeno).

Los trasplantes de corazón comenzaron a experimentarse en 1960; la primera operación se hizo en 1964, sin éxito, hasta que en 1967 se realizó con completo éxito. El problema no resuelto era que el órgano implantado actuaba como un antígeno, como un cuerpo extraño y el organismo del receptor creaba una serie de anticuerpos que acababan por rechazarlo y hacerlo inservible. Actualmente ya se hacen complicadas pruebas de

histocompatibilidad que disminuyen las probabilidades del fracaso de una operación de esta envergadura.<sup>101</sup>

## **B.- Planteamiento del problema.**

Uno de los problemas técnicos que ocasiona la práctica de trasplantes es naturalmente la obtención del órgano que va a ser trasplantado, cuestión a la que el Derecho debe ofrecer amparo sin quedarse a la zaga de los avances de la Medicina. Es indudable que toda medida que tienda a garantizar la protección de la persona mientras existan posibilidades de recuperación nunca serán suficientes, pero cuando ésta sea imposible y se compruebe certeramente la muerte, es preciso aligerar el procedimiento para no traicionar la esperanza de muchas personas que pueden beneficiarse con los progresos de las ciencias médica y con la solidaridad humana.

La realidad de los trasplantes de órganos ha venido a dar una nueva dimensión al tratamiento jurídico del cuerpo humano, que actualmente incide sobre el derecho a la integridad física de la persona, que como derecho de la personalidad le corresponde, y sobre los derechos que sobre el propio cuerpo vivo o muerto tiene cada individuo. Como escribe Nerson,<sup>102</sup> si la legislación no puede prever todos los casos y si la protección de la persona humana —que no debe desconocer ninguno de los derechos de su personalidad— conduce a inevitables conflictos de Derecho, es preciso que el legislador establezca bases guiando el espíritu de los jueces en su labor creadora, pero no es posible la falta de consideración jurídica hacia tales adelantos científicos.

Los trasplantes de órganos deben ser entendidos como la obtención de órganos o de otras piezas anatómicas procedente de un donante vivo, o de una persona muerta, para su

---

<sup>101</sup> Cfr. Reverte Coma, José Manuel. *Las fronteras de la Medicina. Límites éticos, científicos y jurídicos*. Ediciones Díaz de Santos, S.A. Madrid-Barcelona. España. 1983. pp. 200-204.

<sup>102</sup> Nerson, Roger. *La protección de la personalidad en el Derecho privado francés*. Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Madrid. España. Enero de 1961. pp. 45-46.

posterior implantación en otra persona; sólo pueden basarse en un auténtico y expreso consentimiento de aquél.

Los órganos del cuerpo humano adquieren un nuevo valor, y cobra singular importancia la posibilidad de su disponibilidad, y la búsqueda de respuestas jurídicas a esta nueva realidad. La esperanza de vida de muchas personas se ha visto incrementada con los incuestionables avances que en esta materia ha alcanzado la ciencia médica. Pero se trata de una cuestión que debe manejarse con sumo cuidado pues atañe directamente a la persona en su integridad corporal y a algo tan querido y arraigado en la conciencia y los usos sociales, como es el respeto al cadáver y la veneración de los difuntos.

La indisponibilidad de los derechos de la personalidad, en concreto los derechos a la integridad física y sobre el propio cuerpo, queda en estos casos relegada por excepción ante un problema que toca muy de cerca a la esencia humanista de las personas, conocidas y demostradas que han sido las infinitas posibilidades benefactoras de los trasplantes entre vivos o procedentes de un cadáver para salvar la vida ajena, acto que no puede sino estar más que impulsado por sentimientos de amor y desinterés supremos. No significa la absoluta abdicación de estos derechos, sino tan sólo el parcial desprendimiento de algunas de las facultades que los integran.

Las cosas deben colocarse en su verdadero sitio. Muchos tratadistas entienden que el acto de disposición de los órganos anatómicos de una persona para su trasplante, significa el abandono de la clásica consideración del cuerpo humano como cosa fuera del comercio, e incluso se espantan ante lo que califican de total degradación de la esencia humana, permitiendo la "nacionalización" del cadáver, aunque sea por nobles motivos. No se trata de eso: ni la persona se comercializa por una donación de un órgano impulsada por fines altruistas, ni se profana un cadáver cuando se le extraen lícitamente sus órganos aprovechables. La solidaridad humana debe imperar por sobre las concepciones y usos sociales que impidan que en lo posible se trate de salvar una vida.

Es a la ley a quien corresponde señalar las condiciones de esta disponibilidad, y para ello necesita distinguir entre la donación para trasplante entre vivos, y la donación para trasplante *post mortem*.

#### **1.- Cesión durante la vida.**

Se entiende por tal la que, realizada por el sujeto, se consuma y surte sus efectos en vida del mismo.

Sólo la urgencia e imperiosa y absoluta necesidad del trasplante, justifican moral y jurídicamente su admisión, debido a la disminución que razonablemente va a padecer el donante en el funcionamiento de su organismo. Para ello deben barajarse los beneficios que efectivamente y sin dudas vaya a producir la operación, y si no se producirían daños irracionales a donante, que lejos de resolver la situación que se pretende eliminar, la complique con un empeoramiento del estado de salud y la capacidad funcional de éste.

La disposición en vida de los elementos integrantes del cuerpo del donante o de su fisiología en perfecta actividad y desarrollo, deben estar acompañadas de algunas exigencias legales:<sup>103</sup>

a.- El consentimiento espontáneo del sujeto, prestado en plenitud de consciencia y en el uso de todas sus facultades mentales y volitivas, y manifestado de manera inequívoca.

b.- Que sea personalmente prestado, con plena capacidad. No cabe autorizar a un tercero ni delegar en él para que, llegado el caso, se decida la extracción, ni podrá prestarse a título de representación legal de persona alguna.

---

<sup>103</sup> Reyes Monterreal, José María. *Problemática jurídica de los trasplantes de órganos*. Publicado en la Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Editorial Reus, S.A. Madrid. España. 1969.

e.- Que la cosa cedida no constituya elemento orgánico vital para el sujeto cedente, sino que se trate de elementos corporales de natural o espontánea regeneración o reproducción, o de aquellos de los que, ante determinadas circunstancias, pueda prescindirse. El alcance cuantitativo de lo cedido nunca debe superar el límite científicamente previsto como mínimo para el normal funcionamiento orgánico.

d.- Que la disposición se haga por medio de convenciones que no supongan un tráfico constante ni motivo de repetido y evidente lucro para el cedente. Esto no quiere decir que deba impedirse en absoluto la cesión onerosa o mediante contraprestación, en principio admisible y perfectamente lícita.

Gordillo Cañas por el contrario opina que "...la cesión de órganos ha de hacerse gratuitamente. No sería difícil justificarlo: es consecuencia directa de la extracomercialidad del cuerpo humano, vivo o muerto, y de la no patrimonialidad de los derechos recayentes sobre el mismo. No creemos retórico afirmar que algo de degradante y envilecedor hay en el propósito de pecuniarizar o patrimonializar algo tan marcada e inmediatamente personal."<sup>104</sup>

De acuerdo, pero ¿rehusaríamos utilizar un órgano cedido a título oneroso por una persona, cuando resulta de vital importancia su implantación en el cuerpo de otra, al extremo de que salvaría su vida? No creo; dejemos el juicio de esta actitud a la moral y no al Derecho. En similar sentido opinan los juristas que han mantenido que la licitud del fin terapéutico o científico del acto de disposición del cuerpo o sus partes separadas, es de por sí bastante como para justificar la licitud de su contraprestación económica o cualquier otra forma de compensación.

e.- Que la cosa cedida tenga plena aptitud y eficiencia para salvar otra vida humana o al menos para restablecer con éxito el adecuado funcionamiento del organismo del receptor. Cualquier atentado siquiera voluntario por parte del cedente a su integridad corporal o a su

---

<sup>104</sup>Gordillo Cañas, Antonio. *Trasplantes de órganos: pietas familiar y solidaridad humana*. Cuadernos Cívitas. Ediciones Cívitas, S.A. Madrid. España. 1987. p. 58.

funcionamiento orgánico, sólo puede estar justificado cuando el mal que con ello se cause sea ínfimo y siempre de menor entidad que el beneficio que con la cesión se produzca.

f.- Que la cesión no sea contraria a la naturaleza humana ni a la propia dignidad; contraria a las leyes, o que ataquen la moral.

Un acto de disposición que reúna estos requisitos nunca podrá ser repugnante ni jurídica ni éticamente. Incluso no resulta discutible la cesión de elementos corporales que irreversiblemente y sin posibilidad de recuperación perdieron su aptitud para cumplir su específica función, si pese a ello, clínicamente resultan útiles a un tercero. Tal es el caso de la cesión de la córnea de un invidente por causa de lesión en su retina. Pero siempre cumpliendo los condicionamientos jurídicos anteriores.

## **2.- Cesión *post mortem*.**

Más sencillo es cuando se trata de la donación para trasplante *post mortem*, ya que el beneficio del donante no entra en pugna, pero debe siempre conservarse el respeto debido al cadáver. Aun para después del fallecimiento del sujeto estará jurídicamente autorizada la disposición hecha en vida por éste cediendo piezas de su cadáver o el cadáver entero, en beneficio de terceras personas o para fines de investigación.

Mucho se ha discutido en la doctrina sobre la licitud o ilicitud de la enajenación onerosa de partes del cadáver; todos coincidimos en que estos actos deben tener una naturaleza gratuita, impulsados por sentimientos de humanitarismo, amor, y solidaridad humana. Repugna la idea de poner precio y lucrar con la salud propia y la ajena. Pero el problema requiere de respuestas desapasionadas que permitan alcanzar la finalidad científica y humanitaria que persigue, sin que el hecho de reputar totalmente inmoral e ilícito la cesión de órganos que no se haga de forma gratuita, imponga cortapisas al desenvolvimiento de esta realidad.

Resulta clara la legitimación de los familiares del difunto para consentir sobre la utilización de todo o parte del cadáver con fines humanitarios o científicos en ausencia de disposición expresa del fallecido.

Cualquiera sea el carácter o naturaleza jurídica del derecho que tienen las personas sobre su propio cuerpo, será jurídicamente válida cualquier cesión o donación de órganos o miembros por la que no se menoscabe o imposibilite el normal, pleno, natural e ininterrumpido funcionamiento del organismo humano.

### **C.- Legislación comparada.**

En España es la Ley sobre Extracción y Trasplante de Órganos de 27 de octubre de 1979, y el Real Decreto de 22 de febrero del siguiente año que la desarrolla, la encargada de la regulación de esta materia. En ella es indispensable la gratuidad de la cesión de órganos para su trasplante, y se requiere el consentimiento personalísimo, informado, libre y formal del donante derivado de la irreversibilidad y trascendencia que tal acto implica para su salud, en aras de evitar la ignorancia, el engaño o la presión al momento de tomar su decisión. En cuanto a la donación y utilización de gametos humanos y preembriones, existe la Ley 35/1988 de 22 de noviembre sobre técnicas de reproducción asistida, y para la donación de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos, existe la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, que establece la finalidad de diagnóstico, terapéutica, de investigación o experimentación que debe perseguirse, requiere que los embriones o fetos sean clínicamente no viables o estén muertos, además de otros múltiples requisitos más.<sup>105</sup>

La Ley francesa 94-653, de 29 de julio de 1994, relativa al respeto al cuerpo humano, contiene una completa regulación de los principios en que se basa la disposición del mismo y de sus elementos y productos, que en ningún caso pueden ser objeto de un derecho patrimonial. Rige igualmente la Ley 76-1181 de 22 de diciembre de 1976 relativa a la

---

<sup>105</sup> Romeo Casabona, Carlos María. *Los trasplantes de órganos. Informe y documentación para la reforma de la legislación española sobre trasplante de órganos*. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. España. 1978. pp. 63 y ss.

extracción de órganos, y la Ley 49-890 de 7 de julio de 1949 que autoriza la práctica de injertos de cornea merced a la colaboración de donantes voluntarios de ojos, que ya no la necesitan por derivar su ceguera de una causa ajena.<sup>106</sup> En Alemania se encuentra vigente el Decreto de 4 de julio de 1975 sobre trasplantes de órganos; en Italia la Ley 644 de 2 de diciembre de 1975 sobre extracción de partes del cadáver, la Ley de 26 de junio de 1967 sobre trasplantes de riñón entre vivos. En Estados Unidos existe la Ley Unificada sobre donaciones anatómicas de 30 de julio de 1968.<sup>107</sup>

En la gran mayoría de los países existen disposiciones internas en cada uno de los centros hospitalarios para la disposición de los órganos de personas fallecidas que carecen de familiares o representantes para la autorización requerida, que se rigen en sus lineamientos generales por las regulaciones que a ese respecto de hallen vigentes, emitidas por el órgano de la Administración central encargado de velar por la salud o la sanidad del país.

## **VI.- La identidad sexual y el transexualismo.**

Uno de los aspectos más delicados y discutidos del derecho a la identidad personal es el concerniente a la identidad sexual, asunto que no debe ser tratado dentro de la perspectiva de la tutela de la integridad física del sujeto o de los actos de disposición del propio cuerpo. En la actualidad más allá de cualquier duda, no se discute que el sexo constituye uno de los caracteres primarios de la identidad personal en cuanto esta última es la síntesis de lo que significa la personalidad entendida en su totalidad.

No obstante ello, son muy contados los ordenamientos jurídicos que en la actualidad regulan expresamente esta materia, pero con el reconocimiento del derecho a la identidad personal, se aportan ciertos dispositivos que de alguna manera pueden suplir estas carencias.

---

<sup>106</sup> Ibid. pp. 95-115.

<sup>107</sup> Ibid. pp. 117-141.

La identidad sexual presenta, al igual que la identidad personal, dos aspectos o vertientes. Desde un punto de vista, puede referirse al sexo en un sentido estático, en que existe coincidencia entre su identificación biológica, y sus caracteres anatómicos, fisiológicos y de morfología externa. De otro lado, es posible aludir al sexo en un sentido dinámico, referido a la personalidad misma de la persona, a su actitud psicosocial, a su modo de comportarse, a sus hábitos y modales. Esta doble vertiente es generalmente coincidente en cada sujeto; pero excepcionalmente se presentan situaciones en que existe una elocuente disociación entre las mismas. Es el denominado caso del transexualismo.

La presencia cada vez más visible del fenómeno del transexualismo, unido al actual desarrollo científico, ha motivado que por lo menos, a partir de la década de los 50, la doctrina jurídica asuma, aunque limitadamente, esta particular preproblemática a fin de proporcionarle un adecuado tratamiento en consideración a la realidad social y a los principios morales vigentes, así como al actual desarrollo de la ciencia.

#### **A.- Planteamiento del tema.**

Las cuestiones de cambio de sexo en su aspecto médico, no revisten actualidad próxima; la primera operación transexual registrada se realizó en los Estados Unidos en 1930, pero existen aún zonas de penumbra, de vacilaciones, de preguntas que no han encontrado las debidas respuestas. Pero no sucede así en su tratamiento jurídico y jurisprudencial; en España, por ejemplo, la primera sentencia que trata el tema es de julio de 1987. A diferencia de lo que acontece en la literatura científica médica sobre el tema, que es relativamente profusa, se advierte una cierta despreocupación y desinterés de parte de la ciencia jurídica por afrontar desde su perspectiva, el problema referente a la identidad sexual y a la consiguiente posibilidad de un cambio de sexo dentro de determinados alcances.<sup>108</sup>

---

<sup>108</sup> Fernández Sesasarego, Carlos. *Derecho a la identidad personal*. Editorial Astrea. Buenos Aires. República Argentina. 1992. pp. 287-312.

El tema de la mutación de sexo se presenta, aparte de su dinamismo y realidad inevitables, como problemática en cuanto a los diversos efectos que pueden derivarse de estas situaciones cambiantes y las de naturaleza jurídica, sin que ello implique dejar a un lado los efectos de adaptación cultural y social que implica. En cuanto supone la realización intencionada de ablaciones de órganos y la pérdida del sexo de origen sin propósitos curativos, se entendía por lo general prohibida por las diversas legislaciones, asimilándolo a las castraciones o las mutilaciones.

La inquietud, interés o mimetismo que existe en el cambio de sexo por parte de determinados individuos propensos a corregir lo que reputan error de la naturaleza, no debe conducir a la adopción de los métodos de cambio de una manera impulsiva, sin un previo tratamiento a cargo de psicólogos y psiquiatras especializados, para prevenir y evitar en lo posible, estados de difícil adaptación, o de arrepentimiento cuando ya el efecto es irreversible. La vida nos muestra situaciones humanas a veces dramáticas, en las que determinados sujetos buscan afanosamente una solución adecuada que satisfaga sus más hondas expectativas existenciales.

Es innegable, al margen de toda discusión teórica sobre el denominado cambio de sexo y de sus posibilidades y resultados, la presencia en la realidad social del fenómeno del transexualismo, que se despliega en la dimensión intersubjetiva del ser humano, y que no puede ser ajeno a una valoración ética y jurídica.

Muchas “verdades” que hasta cierto momento se consideraron irrefutables, han comenzado a repensarse y replantearse. Por ejemplo, nadie dudaba que el instante en que el hombre moría era cuando cesaba la función cardiorrespiratoria, llegándose incluso a usar la metáfora para aludir a este momento de que “había exhalado su último suspiro”, o que “su corazón había dejado de latir”. Pero la noción de la muerte ha variado con los trasplantes de órganos y con el progreso de la ciencia médica, y hoy se afirma que la muerte ocurre cuando cesa definitiva e irreversiblemente, la actividad cerebral.

Lo propio ocurre con la clasificación de los sexos que hasta hace muy pocos años no admitía matices ni incertidumbres; en la actualidad se llegan a realizar intervenciones quirúrgicas con el fin de superar la disociación que se observa en el transexual entre el sexo cromosómico y el sexo psicológico y adecuar al máximo posible la apariencia sexual externa del transexual con su sexo psicológico-social.

El transexualismo o cambio de sexo consiste en la alteración, mediante una operación quirúrgica, de los caracteres orgánicos de nacimiento de una persona, para aproximarla a su personalidad sexual real. Se pretende, pues, acomodar en lo posible el dispositivo orgánico funcional a la psiquis y frecuentemente también al funcionamiento del individuo afectado. Sabida es la existencia de un sexo morfológico, un sexo aparente, un sexo psíquico, un sexo social y un sexo cromosómico en cada individuo, que a veces coinciden, pero a veces no. En este último caso pueden existir o malformaciones congénitas sexuales, o psíquicas y no morfológicas o coexistir ambas. Cuando no existe esta coincidencia entre los diferentes tipos de sexos citados se presentan anomalías del comportamiento de consecuencias a veces muy serias para el sujeto o para la sociedad.<sup>109</sup>

Las causas que lo originan generalmente tienen un origen endocrino (anormal y deficiente regulación neuroendocrina de la función genital que parte de los centros cerebrales) o social (estímulos externos que proporcionan los ambientes familiares y sociales en que la persona desarrolla sus actividades de relación). Por ello deben abandonarse todas las referencias despectivas, de mofa o subestimación a estas conductas, en el entendido de que nos referimos a un transexualismo real, no al que obedece al capricho o mimetismo que impone la moda, sino como el síndrome que como cualquier dolencia, requiere de un tratamiento, y de ser necesario, incluso la intervención quirúrgica.

Debe distinguirse la transexualidad de la rectificación de errores en la adjudicación jurídica inicial de sexo, cuando el real venía enmascarado por una presentación orgánica

---

<sup>109</sup> Villagómez Rodil, Alfonso. *Aportación al estudio de la transexualidad*. Editorial Tecnos, S.A. Madrid, España. 1994. p. 26.

exterior diferente, que es lo que se denomina hermafroditismo;<sup>110</sup> del travestismo que se considera la expresión más moderada de la psicopatología consistente en la desorientación e incertidumbre del rol en cuanto al sexo, que encuentra en el transexual su manifestación más grave y extrema; y del homosexualismo, ya que derivada de la profunda convicción de que se pertenece al género opuesto, los transexuales no tienen sentimientos adversos ni de culpa en lo que atañe a sus relaciones e inclinaciones amorosas y sexuales.

Para el tratamiento de esta disfunción se suele recurrir al tratamiento psiquiátrico, que no suele tener efectos muy positivos, otras veces se administran hormonas para adecuar el sexo psíquico con el orgánico; pero es muy poco esperanzador este tipo de tratamientos, en muchos casos el sujeto acaba por desarrollar un síndrome típico de angustia, y se ha recurrido a la cirugía de manera que en lugar de adecuar el psiquismo al sexo orgánico, se hace a la inversa. La obtención de resultados positivos sólo dependerá de la debida conjunción de todos estos métodos: el cambio simple de genitales, sin un tratamiento de terapia psiquiátrica previa y posterior, puede agudizar los problemas psicológicos que se pretendían superar.

En algunos casos puede existir identidad psicológica con el sexo que se ansía, y no lograrse el mismo nivel de plenitud en la situación física ya que se trata de un proceso artificial que en ocasiones no alcanza a operar y realizar las funciones propias del sexo natural. El cambio entonces se presenta en ocasiones más aparente que real y esta ficción también trasciende a sus consecuencias y efectos jurídicos. Deben atenderse aquellos casos que responden a situaciones ya consolidadas e irreversibles en que su seguimiento ha de prolongarse a la vigilancia posterior a la operación quirúrgica, para estudiar de cerca las manifestaciones conductuales del individuo y evitar que desemboquen en estados graves de aquellos a los que se pretendió poner remedio con la mutación sexual.

---

<sup>110</sup> El hermafrodita, a diferencia del transexual, no se siente prisionero de un cuerpo que no guarda correspondencia con su orientación psicosexual. No aspira a la modificación de sus genitales externos sino tan sólo a superar el estado de ambigüedad que lo atenaza.

**La identidad de las personas se constituye a través de un proceso de socialización que surge y se va desarrollando durante sus vidas. Son varios los factores intervinientes que configuran los estereotipos en la integración de la identidad natural, que por razón de influencias muy intensas pueden cambiar los comportamientos sexuales de los afectados.**

**En las actuales sociedades los estereotipos masculinos y femeninos se acercan, y no obstante ello, las diferencias que la naturaleza ha impuesto entre hombres y mujeres como propios de cada sexo y la función y finalidad que les compete, se mantienen.**

**La doctrina legal en muchos países ha sido bien expresiva al decretar el respeto que ha de acompañar a la dignidad de las personas, pues se trata de un valor espiritual y moral inherente a las mismas, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión de respeto por parte de los demás. La mayoría de las Constituciones han logrado plasmar la eliminación de las diferencias que contraríen la dignidad humana entre las que se encuentran la expresa prohibición de la discriminación en razón del sexo.**

**A veces el problema alcanza niveles obsesivos en lo que la doctrina denomina «síndrome sexual» que no sólo significa un cambio físico, sino las consecuencias derivadas de las actividades propias del sexo que se adquiere. No debe minimizarse el problema, pues cada individuo involucrado tendrá sus particularidades y su propio grado de adaptación y desarrollo con relación al nuevo sexo adquirido, que creará comportamientos distintos.**

**La equiparación jurídica no brinda las soluciones, pues muy difícilmente asuma la responsabilidad de autorizar aquellos actos en los que el sexo es determinante, como sucede con el matrimonio, al menos por el momento.**

**Estas cuestiones han sido también planteadas ante la Comisión y el Tribunal de Derechos Humanos, que ha dictado algunos fallos con soluciones favorables al cambio de sexo desde un punto de vista legal.**

Este tipo de operaciones no son sólo lícitas, sino necesarias, ya que al conseguir la armonización entre la sexualidad corporal y la psíquica, permiten incorporar a la vida normal en sociedad de tal persona. Pero los problemas que surgen derivado de ello pueden provocar la dificultad de adaptación o inadaptación total del paciente al nuevo estado que tanto había deseado y que resulta no ser el ideal con el que soñó. El Derecho es el encargado de ayudar a que esto no suceda en unión de otros muchos factores, como la tolerancia social.

Se trata de una realidad social que multiplica cada vez más los problemas. En los cambios de hembra a varón, si se trata de una persona casada y madre, habrá que tener en cuenta la subsistencia, validez o nulidad del matrimonio, la prestación de su servicio militar, etcétera. Lo mismo sucede respecto a la adopción de hijos, e incluso trasciende a la práctica de deportes en equipos y categorías masculinos y femeninos. Sin hablar del debatido tema que atañe a la posibilidad de contraer matrimonio de los transexuales.

Es derecho exclusivo a casarse, por imperativo de la ley, de las parejas heterosexuales y no de los mutantes de sexo. Aunque hay legislaciones que no especifican que el matrimonio es la unión de un hombre y una mujer, de la interpretación sistemática de todo su ordenamiento civil y familiar, ello se deduce. La modificación registral a que sólo se han atrevido algunas legislaciones, y que son las más avanzadas hasta el momento, no operan en esa proyección.

Generalmente las operaciones que pretenden cambiar el sexo, crean situaciones de ficción que el derecho también debe proteger. Las ficciones vienen a desempeñar en el campo jurídico un papel tan importante como el de las hipótesis en el mundo de las ciencias exactas; por sólo mencionar un ejemplo, véase el papel que en el derecho moderno desempeñan las personas jurídicas o morales, que cuentan con una vasta regulación jurídica. Más no se puede negar el propósito terapéutico indiscutible en cuanto se pretende remediar la discordancia entre el sexo orgánico y el psíquico, que suponía para los individuos

afectados graves dificultades en el desenvolvimiento de su vida sexual y social, y alteraciones en el desarrollo de su personalidad.

La solución legal no se presenta fácil; la simple norma no es suficiente ya que el problema alcanza dimensiones no sólo jurídicas, sino también médicas, familiares, y sociales que implican un orden distinto de las relaciones humanas, otra cultura y otra moral ciudadana. Pero a su vez, la promulgación de una ley sobre el tema, está determinada por la exigencia de la realidad social.

En estos casos no caben soluciones intermedias. Los efectos del cambio de sexo deben ser plenos, lo contrario produciría consecuencias perturbadoras. Si siendo varón se permite el cambio a mujer, a todos los efectos se deja de ser varón para convertirse en mujer a todos los efectos. Esta sería la solución a cuestiones como el servicio militar, las relaciones paterno-filiales, los apellidos, la seguridad social, la admisión a puestos de trabajo, e incluso, siguiendo tesis más tolerantes, al matrimonio entre transexuales. El tema es sumamente delicado, aún más cuando se trata de la adopción y acogimiento de menores por una pareja en que uno o los dos miembros tienen estas características.

Admitida la posibilidad jurídica de permitir el cambio de sexo, se presenta la discordia en cuanto a qué procedimiento emplear para obtener dicha finalidad. ¿Bastaría la libre y arbitraria declaración del sujeto basada en sus propias vivencias, sin mayor formalidad o condiciones, o es necesaria una previa autorización administrativa o judicial?

La gravedad de la transformación a operarse exige, por razones de orden público, de un detenido tratamiento legal y de un específico dispositivo legal que fije los requisitos y las garantías pertinentes. La adecuación sexual buscada por el transexual debe ser el resultado de un procedimiento judicial reservado, cuando se demuestren ineficaces las terapias a ese fin. Los jueces tendrán que valorar las pruebas presentadas por el accionante y por los peritajes producidos por expertos en la materia, y entrevistarse personalmente con el peticionario para apreciar la dimensión del conflicto.

## **B.- Doctrina legal y legislación comparada.**

En muchos países la oficialización del transexualismo es un vacío legal que carece de un respaldo legal específico; y como sucede generalmente, es la jurisprudencia quien lo suple. Para los tribunales de justicia el problema de la transexualidad ha de quedar debidamente centrado en su trascendencia jurídica. El cambio de sexo se acopla al ámbito de un derecho de la personalidad susceptible de configurar el *status* jurídico y público de cada persona ante el cual el Estado debe mantener alguna postura.

Pero es una problemática que demanda solución que está siendo ya afrontado por algunas legislaciones europeas en que es la ley específica y las sentencias dictadas al respecto las que fijan los requisitos y los efectos de la transexualidad.

Como antecedentes más remotos se citan las leyes noruega de 1 de junio de 1934, la danesa de 11 de mayo de 1935 y la ley alemana de 15 de agosto de 1969 que se refieren a la posibilidad de admitir tratamientos destinados a superar graves anormalidades sexuales a través de la esterilización o las castración.<sup>111</sup>

Estados Unidos es probablemente el primer país en que se legisla en materia de cambio de sexo. A finales de 1961 en el Estado de Illinois se permitió al registrador transcribir la rectificación del sexo producida luego de someterse el sujeto a una intervención quirúrgica. En otros Estados, como Louisiana en 1968, y California, en 1977, se exigía un previo proceso judicial en base a una intervención quirúrgica.

En Europa existen países con leyes expresas para esta materia; por ejemplo, Alemania, mediante sus leyes de 10 de septiembre de 1978 y de 11 de agosto y 20 de septiembre de 1980, permite alterar el nombre y la indicación del sexo cuando ha habido mutación, sin más pronunciamientos, y no permite que se hagan este tipo de operaciones en

---

<sup>111</sup> Villagómez Rodil, Alfonso. Ob.cit. pp. 13 y ss.

personas casadas por el desconcierto que podría provocar en su pareja o en los hijos habidos de esta unión; en Suecia, por la ley FS-119 de mayo de 1972, se exige la razonable probabilidad de que el sujeto seguirá el comportamiento del sexo elegido para acceder a su cambio en el Registro; y en idénticos sentidos se pronuncian las leyes de primero de agosto de 1985 en Holanda; la ley de 14 de abril de 1982 en Italia, y la de 21 de abril de 1972, en Grecia. En la ley italiana se especifica que la sentencia que accede el cambio de sexo, produce la disolución del matrimonio o la cesación de los efectos civiles consecuentes en caso de que el transexual fuere casado. Uno de los criterios jurisprudenciales más prevalecientes es el que estima que el [varón o hembra] operado no pasa a ser [hembra o varón] sino que se le ha de tener por tal, y el cambio produce consecuencias registrales únicamente.<sup>112</sup>

El vacío legal con que cuenta esta materia en la inmensa mayoría de los países europeos, motivó que la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa aconsejara al Comité de Ministros en 1987 que elaborara recomendaciones a sus Estados miembros a efectos de que éstos dictaran la normativa necesaria para los supuestos que ameritaran la rectificación registral de la mención del sexo por haberse producido transexualismo irreversible para la debida protección de las vidas privadas de los mutantes. El cambio de nombre derivaría del cambio de sexo en el correspondiente Registro civil para que exista concordancia entre este y el nuevo sexo.

En los anexos de este trabajo, incluiremos la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de España en fecha 2 de julio de 1987, en que se explican magistralmente opiniones a favor y en contra acerca del transexualismo. Se trata del caso de una varón que, por consecuencia de una voluntaria intervención quirúrgica de cambio de sexo, perdió el que acreditaba su masculinidad, adquiriendo el sexo femenino. En la sentencia se reconoce que la transexualidad es un problema de nuestros tiempos y una realidad evidente que demanda soluciones jurídicas.

---

<sup>112</sup> Idem.

### **C.- El SIDA.**

Aunque no corresponde específicamente al tema de la libertad e identidad sexual, no deben pasarse por alto las implicaciones que sobre los derechos de la personalidad tiene en la actualidad el comportamiento que asumamos con respecto al Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA). Las modalidades de transmisión del virus IH son bastantes limitadas según se conoce hasta ahora: por la sangre, y por contacto sexual. Es decir, se contagia por relaciones sexuales mediante el esperma o las secreciones vaginales, por transfusiones sanguíneas, trasplantes de órganos, inseminación artificial, utilización de jeringuillas infectadas, la acupuntura, los tatuajes, y es posible la transmisión de madre a hijo por medio de la placenta o la leche materna.

Prácticamente todos los derechos [humanos y de la personalidad] resultan afectados en las reacciones frente al SIDA, y se plantean problemas muy complejos. Es fundamental establecer el equilibrio justo entre los intereses particulares y los de la sociedad: por una parte, el derecho a la libertad y al respeto a la vida privada, y por otra, la función del Estado respecto a la prevención y la lucha contra las enfermedades contagiosas.

El SIDA amenaza la vida humana, o el derecho a la vida como uno de los derechos principales, que entraña la obligación de los Gobiernos y de la comunidad internacional de adoptar todas las medidas apropiadas para proteger las vidas humanas aplicando para ello el máximo de sus recursos.

La protección de la salud pública figura como otra de las limitaciones a los derechos de la personalidad, fundamentalmente en lo referido al derecho al secreto y la confidencialidad, mediante la implantación de los análisis y ensayos obligatorios y el registro de las personas infectadas por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH); y con la libertad de circulación, la libertad personal o individual, implantado medidas de cuarentena o aislamiento, que según la Organización Mundial de Salud, no reputa necesarias en los casos de VIH/SIDA.

Hay una razón muy convincente y clara de salud pública que justifica esta insistencia en la necesidad de proteger los derechos y la dignidad de las personas infectadas por el VIH. Es un virus que se propaga casi exclusivamente a través de comportamientos identificables y de acciones concretas que en general —no siempre— están sujetos a un control individual. Por consiguiente, si la infección por el VIH o la sospecha de tal infección acarrea la estigmatización y la discriminación de esas personas (por ejemplo, la pérdida del empleo, o la expulsión de centros docentes), los ya infectados y los que temen estarlo harán todo lo posible por evitar que se descubra su problema y por rehuir todo contacto con los servicios sociales y de salud, con las correspondientes consecuencias.

La discriminación puede poner en peligro la salud pública, puede constituir una amenaza. En esta materia debe prevalecer el respeto a los derechos y la dignidad de las personas, un espíritu de tolerancia activa, y una necesidad superior de solidaridad humana.

## **VII.- El derecho al ambiente.**

El derecho al ambiente constituye una inquietud de aparición relativamente reciente, y va alcanzando cada vez mayor reconocimiento en los diversos ordenamientos jurídicos, sea como un derecho fundamental autónomo y particular al ambiente adecuado, o proclamado en el deber del Estado y los ciudadanos de proteger el ambiente, o incluyendo la temática ambiental sin determinar deberes y derechos específicos en sus respectivas Constituciones. Pero la preocupación por la problemática ambiental no es nueva, pues cuenta ya con varios siglos, aunque ahora esté más cerca de la angustia.

La Declaración Universal de los Derechos del Hombre, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, es el antecedente más moderno a nivel internacional para el reconocimiento específico de todos los derechos que aseguren el libre desarrollo de la personalidad del hombre. La aparición generalizada de una preocupación por los problemas medioambientales que se produjo en el mundo a finales de

los años sesenta, trajo consigo el inicio de la cristalización positiva del derecho del hombre de gozar de un entorno físico adecuado para el desarrollo de su personalidad, que tuvo su materialización y reconocimiento jurídico en la Conferencia de Estocolmo celebrada en junio de 1972.<sup>113</sup>

La inserción de esta materia dentro de las problemáticas que actualmente se derivan del reconocimiento de los derechos de la personalidad, obedece, no a que se trate de uno de ellos, sino a la indispensable exigencia de un espacio físico adecuado para que el hombre pueda desplegar ampliamente su personalidad, y ejercer los derechos inherentes a ella: una vida digna, la libertad, su integridad.

Si consideramos que el derecho al ambiente es reconocido generalmente como un derecho tendente a garantizar el mantenimiento o la generación de las condiciones necesarias en el entorno para que se haga efectiva la dignidad humana, y se permita el libre desarrollo de la persona, hemos de concluir que el derecho al ambiente está dentro de la línea de los derechos fundamentales, necesario para el completo desarrollo de otros derechos de la persona, sobre todo, los que atañen a su personalidad.

#### **A.- Breves referencias históricas.**

Mucho antes de la Declaración de Estocolmo existieron múltiples documentos jurídicos y literarios, que de una forma u otra han hecho referencia a la problemática ambiental y a la destrucción del entorno. Por ejemplo, el Código de Hammurabi de Babilonia en el siglo XVII a.C. en que se prohibía la sobreexplotación de los animales; la Ley de las Doce Tablas en el siglo V a.C. en que se disponía la cremación de los cuerpos de hombres muertos en lugares distantes de los núcleos poblados; Las Partidas del rey Alfonso X "El Sabio" en el siglo XIII en que se alude a que el aire, las aguas, la mar y sus riberas pertenecen comunalmente a todos; la Nueva Recopilación de 1548 que se ocupó de la resiembra de árboles en lugares donde se hayan talado para su reemplazo, el cuidado de los

---

<sup>113</sup> Los derechos humanos... Ob.cit.

montes y animales, etcétera. Muchas otras Ordenanzas de la época, ya con un carácter más marcadamente territorial, contenían regulaciones específicas para el cuidado y aprovechamiento de los recursos de la naturaleza.<sup>114</sup>

En la literatura destaca el diluvio bíblico universal, en las leyendas del Popol-Vuh, y más recientemente, las eternas lluvias en el imaginario Macondo de la novela *Cien años de soledad* de García Márquez.

Las más antiguas culturas desarrollaban ritos en torno a la proximidad de las cosechas, y veneraban dioses que les protegiera de los desastres y estragos de la naturaleza, como precaución por su ofensiva actitud hacia el entorno.

En el plano internacional, en fechas anteriores a 1972 se han resuelto algunos asuntos por comisiones formadas *ad hoc* a esos efectos. Entre los casos más conocidos figura el de la «Trail Smelter», empresa canadiense que a comienzos de siglo comenzó a fundir plomo y zinc en la localidad de Trail, cercana a la frontera con Estados Unidos. Hacia 1931 la actividad de la empresa había crecido tanto que arrojaba diariamente al aire como residuo tóxico, 300 toneladas de sulfuro que fueron afectando algunas propiedades norteamericanas, condenándose a esta empresa al pago de una fuerte indemnización.

## **B.- Concepto.**

Para llegar a una conceptualización de este derecho, hay que determinar qué es el ambiente, que en otras lenguas, como el francés y el inglés se asimila al término de entorno. Y resulta difícil encontrar una definición que englobe todo el universo de elementos y ecosistemas que lo integran y que incluyan además la historicidad del concepto, es decir, entendido como realidad viva, dotada de movilidad, de capacidad de adaptación, de absorción de nuevos elementos y desecho de antiguos. Consecuentemente, el ambiente

---

<sup>114</sup> Martínez Alcubilla, Manuel. *Códigos antiguos de España*. Editorial Administración Arco de Santa María. Madrid. España. 1885.

puede ser concebido como la síntesis histórica de las relaciones de intercambio entre la sociedad y la naturaleza en términos de tiempo y espacio, pero no es algo neutro ni abstracto, sino que se presenta como una realidad histórica, puesto que el ambiente y todas sus connotaciones jurídicas entran a la historia con el hombre, desde el momento que éste toma conciencia de su existencia y de los diferentes bienes naturales que le pueden ser útiles para satisfacer sus necesidades.

Pero más grave que esto es la delimitación del contenido de este concepto: si se trata de la biosfera en su totalidad o sólo del medio físico inmediato a la persona. Para no pecar de excesos en cuanto referencias y conceptos que múltiples autores han hecho en sus obras, que tienen como personaje central al medio ambiente, transcribo la brindada por la jurista Moreno Trujillo cuando refiere que debe ser estimado como tal "...el conjunto equilibrado de componentes naturales que conforman una determinada zona en un determinado momento, que representa el substrato físico de la actividad de todo ser vivo, y es susceptible de modificación por la acción humana".<sup>115</sup> Lo que es lo mismo, los valores, fenómenos, y procesos naturales, sociales y culturales que condicionan en un espacio y momento determinados la vida y el desarrollo de organismos en una conjunción integradora, dialéctica de relaciones de intercambio con el hombre y entre los diferentes recursos.

La relación Hombre-Medio, es una relación jurídica, si entendemos, tal y como lo expone el ilustre civilista Demófilo de Buen, que toda relación prevista en una norma tiene, en cuanto se la contempla desde ella, el carácter de una relación jurídica, y que una relación no es jurídica por sí, sino por su aptitud para ser apreciada jurídicamente.<sup>116</sup>

Como derecho de carácter fundamental de las personas, el derecho al ambiente debe tener un alcance constreñido a la perspectiva individual, y en tal sentido, el ambiente sobre el que toda persona proyecta su derecho será el entorno físico más inmediato a su ser, en el

<sup>115</sup> Moreno Trujillo, Eulalia. *La protección jurídico privada del medio ambiente y la responsabilidad por su deterioro*. José María Bosch Editor, S.A. Barcelona. España. 1991. p. 47.

<sup>116</sup>En su artículo "*La teoría de la relación jurídica en el Derecho civil español*", publicado en el Libro Homenaje al Profesor D. Felipe Clemente de Diego. Madrid. España. 1940. p. 188.

que desarrollará su personalidad. Pero considerando que el derecho al ambiente tiene también como finalidad la protección de la humanidad en su conjunto, e históricamente entendida, parece evidente que el entorno debe ser también entendido en su más amplia dimensión. Ello nos permite coincidir con Ruiz Vieytez cuando define el derecho al ambiente como el "...interés vital de toda persona, reconocido y protegido por el ordenamiento jurídico, en mantener los equilibrios necesarios en los elementos de su entorno físico habitual, para un adecuado nivel de vida."<sup>117</sup>

El derecho al ambiente encuentra espacio para su despliegue en el Derecho ambiental, nueva disciplina jurídica que se interrelaciona con todas las restantes y que debe ser entendido como un sistema orgánico de normas que contemplan las diferentes conductas agresivas para con el ambiente, bien para prevenirlas, reprimirlas o repararlas, puede estructurarse internamente sobre la base de las categorías de comportamientos que pueden repercutir positiva o de manera negativa sobre los distintos elementos objeto de protección. La gravedad de las agresiones que el hombre ha producido al entorno y la necesidad de restablecer el medio natural adecuado a su desarrollo, son carta suficiente para reconocer un Derecho propio para el ambiente, globalizador, integrador y regulador de las conductas agresivas sobre el mismo.

### **1.- Principios que deben regir el Derecho ambiental.**

Estos son los postulados fundamentales y universales en los que descansa esta nueva disciplina, que a veces están más vinculados al mundo ideal del deber ser, que al real de lo que es en la actualidad el ordenamiento ambiental.<sup>118</sup>

a.- Realidad: la normativa ambiental debe partir de los límites señalados técnicamente y que establecen las condiciones según las cuales deben realizarse

---

<sup>117</sup> Ruiz Vieytez, Eduardo Javier. *El derecho al ambiente como derecho de participación*. Institución Ararteko. Bilbao, España. 1993. p. 32.

<sup>118</sup> Moreno Trujillo, Eulalia. *Ob.cit.* pp. 62 y ss.

ciertas actividades. Parte de sistemas naturales en que cada elemento se encuentra interconectado.

**b.- Solidaridad:** es piedra angular en la problemática del medio ambiente la colaboración y trascendencia que debe alcanzar esta normativa a nivel local, regional, nacional e internacional.

**c.- Regulación jurídica integral:** ya es un derecho reconocido en la mayoría de los instrumentos internacionales, y alcanza cada vez más aceptación en los ordenamientos internos.

**d.- Responsabilidad compartida:** se hace referencia a la responsabilidad en sentido técnico que deriva de las alteraciones causadas al ambiente como consecuencia del ejercicio de actividades dañosas realizada por personas físicas y jurídicas. No se agota en lo meramente individual, por ello deviene la responsabilidad colectiva, sea mancomunada o solidaria.

**e.- Conjunción de aspectos colectivos e individuales:** se refleja en la tradicional distinción que afectaba la relación de los poderes públicos entre sí, o de éstos con los ciudadanos, en posición de preeminencia por parte de aquellos.

**f.- Introducción de la variable ambiental en la toma de decisiones:** que descansa en el carácter de globalidad e integridad de la materia ambiental.

**g.- Nivel de acción más adecuado al espacio a proteger:** no sólo deben estar coordinados los programas ambientales nacionales sino, las acciones a nivel local, regional, nacional e internacional, ya que todas repercutirán de una forma u otra en el sistema. Los desastrosos accidentes de Bhopal y Chernobyl son advertencias acerca de que la contaminación no reconoce fronteras.

**h.- Tratamiento de las causas y los síntomas:** se trata de la labor preventiva que está llamada a desempeñar el Derecho Ambiental; cuando los síntomas aparecen es generalmente ya demasiado tarde.

**i.- Transpersonalización de las normas jurídicas:** encuentra su razón de ser desde el momento mismo en que toda violación que lesiona por sí a la persona y al ambiente, atañe a todos por igual.

Los principales objetivos que deben acompañar en todo momento a los ordenamientos jurídicos ambientales son la vida y la calidad de la vida. Estos objetivos pueden ser desplegados también en su sentido general, que se traduce como la protección contra el deterioro ambiental de toda la humanidad, y en su sentido individual, que significa el mantenimiento o creación de las condiciones esenciales para que sea posible el desarrollo de la personalidad a través de sus diferentes derechos, mediante el equilibrio preciso del entorno.

### **C.- Características del derecho al ambiente.**

Por ser un derecho fundamental que incide sin dudas sobre el entorno en que se desarrolla la actividad del hombre, e influye de manera importante en el desenvolvimiento de su personalidad, el derecho al ambiente tiene las mismas características de irrenunciabilidad, imprescriptibilidad e inalienabilidad que acompañan al resto de sus similares.

Otras de sus características es la juventud o novedad de su tratamiento, y su sentido finalista, es decir, es un derecho configurado como una meta a alcanzar, un deseo públicamente anunciado que ha de guiar a todos los miembros de la sociedad, y las instituciones oficiales, sociales, o de gobierno. Es por ello un derecho mediato frente a los derechos fundamentales esenciales inmediatos de carácter civil y político.

Es un derecho indivisible, que no permite degradaciones al entorno al que todos tenemos derecho, e interdependiente ya que necesita de una aplicación coordinada y solidaria, no individual, y en relación con los derechos de los demás sujetos.

El derecho a disponer de un ambiente adecuado es igualmente en derecho mínimo, uno de cuyos fines es garantizar ese marco físico necesario para que en él se desarrolle la personalidad de su titular. La característica mínima de este derecho resulta importante por cuanto el reconocimiento de un derecho produce necesariamente un recorte en las potencialidades lícitas de todas las personas y entenderlo en un sentido más amplio puede obstaculizar determinadas actuaciones del hombre sobre su entorno. Es por último, un derecho preventivo, por cuanto resulta especialmente difícil lograr su protección con posterioridad a producirse su vulneración.

El reconocimiento de este derecho provoca la aparición de una serie de deberes correlativos que van en tres direcciones fundamentales. En primer lugar, aquellos imputables a todos los sujetos obligados al respeto de los derechos de los restantes miembros de la colectividad; en segundo lugar los deberes que nacen para los diferentes colectivos de cualquier naturaleza, acompañado de la obligación de asegurar su cumplimiento; y en tercer lugar, se crean un importante grupo de deberes que tienen como destinatario al Estado.

#### **D.- Los derechos de la personalidad y el derecho al ambiente.**

Si bien el derecho al ambiente tiene presentes intereses colectivos, aparecen también implicados intereses y derechos individuales, para cuya defensa el Derecho privado debe ofrecer cauces específicos.

La afirmación de que el ordenamiento jurídico reconoce un derecho al medio ambiente que se clasifica entre los demás derechos de la personalidad, la podemos encontrar en la literatura jurídica alemana, en la francesa y en la italiana, cada una con sus propias particularidades. Se considera como uno de los valores que deben ser garantizados para dar

ámbito absoluto a la tutela de la persona, y como tal integrarse como un derecho de la personalidad. Todo ello porque el origen de esta categoría no fue otro que el fin de satisfacer las necesidades de tutela que presentaban determinadas situaciones que, por su relevancia, afectaban directamente a la persona. Se habla incluso de que el ambiente se transcribe dentro de la historia de los derechos del hombre de tercera generación: la primera se centraba en el valor de la libertad del individuo, y la segunda, reivindica un contenido económico-social necesario para la libertad.

“Si la base objetiva de los derechos de la personalidad está conformada por unos bienes o intereses que componen la personalidad misma del sujeto del que se trata, tomada ésta en cualquiera de sus múltiples aspectos (moral, físico, individual o social), es decir, los valores intrínsecos del hombre, y es uno de los pilares básicos en los que evoluciona hasta alcanzar su máxima cota la personalidad individual del ser humano, y por otro lado, constituye el medio ambiente el substrato físico de esa personalidad, cuya mayor y mejor expansión se pretende constitucionalmente, el medio ambiente será, en definitiva, uno de esos bienes o intereses que componen la personalidad del ser humano.”<sup>119</sup>

Pero esta posición es muy discutible. No han sido pocos los intentos de consagrar en Declaraciones puramente programáticas, un derecho del hombre al disfrute de un medio ambiente adecuado, y que serán expuestas en el apartado que sigue, seguidas por las regulaciones particulares en cada una de las Constituciones modernas, o recientemente modificadas, en que ha aparecido reflejado este derecho desde el ámbito constitucional, y administrativo. En estas Declaraciones se habla de un derecho fundamental, pero igual se refieren a otros derechos del universo jurídico del hombre que si son especialmente reconocidos como derechos de la personalidad.

Muchos autores han enfocado el asunto, no en el sentido de saber cuáles y cuántos son estos derechos, su naturaleza o fundamento, si son derechos naturales, históricos, humanos, fundamentales o de la personalidad, sino cuál es el modo más seguro para

---

<sup>119</sup> Moreno Trujillo, Eulalia. Ob.cit. p. 88.

garantizarlo, para evitar que sea continuamente violado. Han planteado el derecho al medio ambiente, no desde su aspecto teórico, sino desde el punto de vista práctico, vinculado a las fórmulas más efectivas para su protección.

En Francia, Michel Dexpax opina que la consagración de un derecho al entorno en constituciones nacionales y numerosos textos internacionales, se presenta como una de las consecuencias directas de las insuficiencias y lagunas de la regulación que el mismo recibe de las legislaciones administrativas, penales y fiscales, y por ello debe ser recogido como un derecho de la personalidad, derivado de la necesidad de un ambiente digno, sano y humano a la medida del hombre, como condición primordial para su existencia física y psíquica, y sin el cual no se desarrollarían ni podrían ser plenamente ejercidos el resto de los derechos de la personalidad.<sup>120</sup>

Busca con ello, no consideraciones teóricas ni técnicas, ni filosóficas, sino lograr una mayor protección al individuo, de tal forma que siendo el medio ambiente una vía de desarrollo de la personalidad, y de expansión, crecimiento y maduración de todos los aspectos personales, el camino marcado por los derechos de la personalidad, con sus caracteres ya establecidos, es el ideal para conseguir el fin último, práctico, que es la defensa, protección y conservación de un medio ambiente natural adecuado.

En Italia la mayor parte de la doctrina vincula este derecho al ambiente con el derecho a la salud, que es entendido por la legislación italiana como un derecho subjetivo fundamental del hombre, que recoge aspectos tanto individuales, como sociales (de habitación, de trabajo, etcétera) en los cuales se desarrolla su personalidad. Siendo tan estrecho el nexo entre salud y ambiente, la individualización de un derecho al ambiente entendido como interés de la persona, tiene ya un camino fácil en el ofrecido por los derechos de la personalidad para su tutela y protección.

---

<sup>120</sup> Dexpax, Michael. *Derecho del entorno*. Editorial Litec. París. Francia. 1980. pp. 810 y ss.

La tesis de la consideración del derecho al ambiente como un derecho de la personalidad sólo puede regir si se restringe el objeto de tutela de aquel, hasta el punto de sólo comprender las condiciones ambientales mínimas de supervivencia del hombre. Pertenece más bien a aquella categoría de derechos que, aun siendo importantes para la persona, no pueden considerarse propiamente derechos de la personalidad, sino que están dirigidos a asegurar a la persona bienes exteriores a la misma, necesarios para el desarrollo de los bienes interiores a ella, y que tienen medios suficientes para desarrollarse por sí mismos con plenitud. Los derechos que Adriano De Cupis acertadamente califica de complementarios.

La consideración del derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado como derecho de la personalidad no goza del favor generalizado de la doctrina. No obstante, se admite cada vez más la posibilidad de que pueda incorporarse y no impide que en un futuro se prevea, como vía de aplicar mecanismos de defensa y protección similares o de mayor efectividad como de los que están dotados estos últimos.

#### **E.- Legislación comparada.**

En el plano internacional, fue la Conferencia de Estocolmo celebrada en 1972 la que marcó el punto de partida para el reconocimiento del derecho al ambiente, tanto en la esfera internacional, como su progresiva incorporación a las diversas legislaciones nacionales. La Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, de 16 de junio de 1972 establece:

“El Hombre tiene el Derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presente y futuras.”<sup>121</sup>

<sup>121</sup>Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano. Estocolmo. 16 de junio de 1972. *Los derechos humanos: declaraciones y convenios internacionales*. Ob.cit. p. 156.

Siguió a esta proclamación la emitida en el Acta final de la Conferencia, que sobre seguridad y cooperación en Europa, se celebró en Helsinki en 1975, estableciéndose que la protección y la mejora del medio ambiente, así como la protección de la naturaleza y la utilización racional de los recursos, constituye un deber muy importante de todos los Estados para asegurar el bienestar de los pueblos y su desarrollo económico.

Hoy día un número considerable de Estados han incorporado a su Constitución la temática medioambiental.<sup>122</sup> Unas con un reconocimiento expreso al derecho a un ambiente adecuado, como el artículo 71 de la Constitución de Polonia; el artículo 2.2º de la Constitución del Estado de Illinois; el artículo 66 de la Constitución de Portugal de 1976; el artículo 45 de la Constitución española de 1978; y el artículo 123 de la Constitución del Perú de 1979. Otras proclaman el deber del Estado y los ciudadanos a proteger el ambiente, como las Constituciones de Grecia, 1975 (artículo 24); Italia de 1947 (artículo 9); Paraguay de 1967 (artículo 132); Cuba, 1976 (artículo 27); Chile, 1976 (artículo 18); India, 1977 (artículos 48.A y 51.A.g); Irán de 1979 (artículo 50) y las Constituciones de los Estados norteamericanos de Florida (artículo 2.7), Luisiana (artículo 9.1), Nuevo México (artículo 20.21), Nueva York (artículo 14.4), los Estados Unidos Mexicanos (artículos 23, 73 y 117), Nicaragua (artículo 2), Panamá (artículo 110), entre otras.

Otras Constituciones introducen el tema ambiental pero sin señalar deberes y derechos específicos, como la Constitución de la Confederación Helvética de 1874, en su artículo 24; y un anexo a la Constitución de Nigeria de 1979.

Los que carecen de este reconocimiento constitucional, han dictado leyes específicas de suficiente rango en que es recogido y protegido este derecho. Así Hungría en 1976 promulgó la Ley II sobre la Protección del Ambiente; Colombia cuenta con un Código de Recursos Naturales Renovables y de Protección del Medio Ambiente de 19 de diciembre de 1973; Francia la Ley relativa a la Protección de la Naturaleza de 1976; Ley del Medio

---

<sup>122</sup> Cfr. Constituciones españolas y extranjeras. Ob.cit.

Ambiente de Brasil de 1981; Ley de Conservación y Mejoramiento del Medio Ambiente de Guatemala dictada en 1977; y en Estado Unidos existe la Ley Federal sobre Política Nacional del Ambiente de 1969.

Se han dictado además leyes para asuntos relacionados con el medio ambiente muy puntuales, como la *Clean Water Act* de 1948, y la Ley Fundamental del Medio Ambiente de 1970 en Estados Unidos; la Ley Federal para prevenir y controlar la contaminación ambiental de 1982 en México

Varios países están en camino de incorporarse al grupo de Estados que reconocen constitucionalmente este derecho. La doctrina estadounidense hace intentos por introducir una enmienda a la Constitución de 1787, y hasta que no llegue ese momento, la jurisprudencia le encuentra encuadre en la Enmienda Novena que señala que aunque se enumeren expresamente ciertos, derechos, no debe entenderse que se nieguen o menosprecien otros derechos que conserva el pueblo. En Francia se produjo un intento de reforma de la Constitución en el año 1978, e igualmente en Argentina.

“Una importante especie biológica está en riesgo de desaparecer por la rápida y progresiva liquidación de sus condiciones naturales de vida: el hombre...Los bosques desaparecen, los desiertos se extienden, miles de millones de toneladas de tierra fértil van a parar cada año al mar. Numerosas especies se extinguen. La presión poblacional y la pobreza conducen a esfuerzos desesperados para sobrevivir aun a costa de la naturaleza...Cesen los egoísmos, cesen los hegemonismos, cesen la insensibilidad, la irresponsabilidad y el engaño. Mañana será demasiado tarde para hacer lo que debemos haber hecho hace mucho tiempo.”<sup>123</sup>

El hombre debe ya firmar una nueva alianza con la naturaleza que comprometa a toda la humanidad presente y futura en condiciones dignas para los dos y que permita la

---

<sup>123</sup> Castro Ruz, Fidel. *Por un mundo de paz, justicia y dignidad*. Oficina de Publicaciones del Consejo de Estado. La Habana. Cuba. 1996. pp. 19-22.

**supervivencia en armonía con ella, como único medio de salvación de ambos. Alcanzando este justo equilibrio, no sólo se asegurará su legítima existencia, sino la vida toda en el planeta.**

## CAPÍTULO QUINTO

### LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD EN CUBA

*Yo quiero que la ley primera de nuestra república  
sea el culto de los cubanos a la dignidad plena del hombre*

*José Martí*

#### **I.- Planteamiento del tema.**

Uno de los objetivos esenciales que animaron el estudio del tema de investigación que se propone con este trabajo, es, una vez analizada la protección que actualmente reciben los derechos de la personalidad en Cuba, convencer a los legisladores y juristas en general de ese país, de la necesidad de una clara, concreta y eficaz regulación de los mismos, como única manera de proteger a la cantera más importante de toda sociedad, que es el hombre.

Lejos de lo que muchas personas puedan imaginar, sea por desconocimiento, o como resultado de las constantes campañas de desprestigio a la Revolución cubana, en nuestra Constitución, aprobada en *referéndum* popular nacional por más del 97 por ciento de la población votante en fecha 15 de febrero de 1976, se establecen los derechos y libertades fundamentales con que cuentan los ciudadanos en una sociedad democrática, las garantías para su libre ejercicio, y los principios que sirven de base para ello, muchos de ellos coincidentes con los estudiados derechos de la personalidad.

Cuba, como un miembro más de la Organización de las Naciones Unidas, hace suyos y respeta los principios recogidos en su Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 10 de diciembre de 1948. Solamente en dos casos se dejan de consignar en la Constitución Política de manera expresa, derechos reconocidos por la Declaración, al entenderse por los constituyentes —erróneamente— que estaban suficientemente

desarrollados sus principios generales en la legislación ordinaria, privándoles del rango constitucional: el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica enunciado en el artículo 6 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre,<sup>1</sup> tema desarrollado en los artículos del 24 al 44 del vigente Código civil;<sup>2</sup> y el derecho a la libertad de emigración amparado en el artículo 13 de la Declaración Universal, que en Cuba se encuentra normado por la Ley N° 1312 de Migración de 20 de septiembre de 1976.<sup>3</sup>

Es principio general aplicable —como ya se ha demostrado— a los derechos de la personalidad, su condicionamiento histórico, la influencia que sobre ellos ejerce la realidad social en la que se pretende intalar el catálogo de los mismos. El tipo de norma jurídica se verá determinada por las relaciones sociales, económicas y políticas imperantes, y por factores adicionales tales como ideas morales, religiosas y filosóficas que existen en el seno de la sociedad y que toman cuerpo en las diversas instituciones que van naciendo.

En el caso de Cuba este principio también rige. Toda su legislación —y la relacionada con los derechos de la personalidad no es una excepción— está matizada por las particularidades en las que ha tenido que desenvolverse el Estado cubano. Pero las difíciles condiciones vividas por la Revolución no justifican ya a estas alturas, la pobreza que padece en la regulación que se le debe a estos importantes derechos en el ámbito civil, como garantía de su más efectivo cumplimiento y respeto.

La Constitución agrupa en tres categorías los derechos fundamentales atendiendo a su contenido y a las relaciones que regula entre el individuo, el Estado y la sociedad.

Un primer grupo comprende los derechos económicos-sociales, relacionados con la posibilidad, garantizada por el Estado, de obtener los medios necesarios para satisfacer los intereses materiales, espirituales y culturales de todos los ciudadanos: derecho al trabajo, al

---

<sup>1</sup> *Los derechos humanos: declaraciones y convenios internacionales*. Estudio preliminar de Antonio Truyol y Serra. Tercera edición. Editorial Tecnos, S.A. Madrid, España. 1982.

<sup>2</sup> *Ley 59. Código civil*. Editorial de Ciencias Sociales. La Habana, Cuba. 1989. pp. 5-11.

<sup>3</sup> *Ley de Migración*. Gaceta Oficial de la República de Cuba. Edición ordinaria. 24 de septiembre de 1976.

descanso, a la seguridad social, la protección en el trabajo, a la salud, a la educación, al deporte y la recreación, coincidentes con los artículos del 22 al 27 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre. A estos derechos se les da un tratamiento preferencial sin que se renuncie con ello a la protección de los tradicionales derechos democráticos y algunos de los derechos individuales.

Un segundo grupo se refiere al derecho de participación en las labores de gobierno y administración de todos los ciudadanos, conocidos como derechos y libertades políticas: derecho a elegir y ser elegido, a la libertad de opinión y expresión, de reunión y manifestación, a dirigir quejas y formular peticiones con la obligación de respuesta de los órganos encargados, derechos estos reconocidos a su vez en los artículos del 19 al 21 de la Declaración de las Naciones Unidas.

El tercer grupo es el conocido tradicionalmente como libertades individuales, de especial importancia para nuestro tema: el derecho a la vida, a la libertad y la seguridad personales, a la integridad física, a la protección al honor, a la dignidad personal, a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, que se amparan en los artículos del 1 al 12 y el 18 de la Declaración Universal de Derechos de 1948.

El matiz a que se hacía referencia anteriormente es el principio reconocido en la Constitución (artículo 61) de que el ejercicio de estos derechos no puede tolerarse siempre que vaya en detrimento de lo establecido en la propia Constitución, en las leyes que la complementen y demás disposiciones legales, ni contra la existencia del Estado y sus fines primordiales, ni contra la voluntad y camino que decida perseguir la sociedad.

La Constitución cubana no pretende ocultar el hecho de que las libertades que consagra están restringidas para quienes pretenden perjudicar los intereses de las mayorías, y sólo se legitiman cuando se dirigen a exaltar la personalidad humana. Desde la Declaración francesa de Derechos de 1789, estas libertades quedaron sujetas en su abuso al juicio de la

ley y de los tribunales, sancionándose las conductas que atentaren contra los fines de la sociedad y del Estado.

Con este precepto no se pretendió otra cosa que recoger el eco de lo establecido en el artículo 29 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre que textualmente dispone:

“Artículo 29.1. Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad.

2. En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.

3. Estos derechos y libertades no podrán, en ningún caso, ser ejercidos en oposición a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.”<sup>4</sup>

## II.- La personalidad en la legislación civil cubana.

Los artículos del 24 al 38 del Código civil recogen las disposiciones relacionadas con las personas naturales, el ejercicio de la capacidad jurídica civil, la ausencia y presunción de muerte y los derechos inherentes a la personalidad.

La personalidad comienza con el nacimiento y se extingue con la muerte (artículo 24); al concebido se le tendrá por nacido para todos los efectos que le sean favorables a condición de que nazca vivo (artículo 25); la determinación de la muerte queda sujeta a las regulaciones establecidas por el organismo o autoridad médica competente (artículo 26.1); la persona natural tiene capacidad para ser titular de derechos y obligaciones desde su nacimiento (artículo 28.1).

<sup>4</sup> *Los derechos humanos...* Ob.cit. p. 78.

En los casos de violación de los derechos inherentes a la personalidad consagrados en la Constitución, que afecten al patrimonio, o al honor de su titular, confiere a éste o a sus causahabientes la facultad de exigir el cese inmediato de la violación o la eliminación de sus efectos, de ser posible, o la retractación del ofensor o la reparación de los daños o perjuicios ocasionados (artículo 38). A este escueto precepto se contrae todo el reconocimiento de los derechos inherentes a la personalidad humana que hace el Código civil. En momento alguno se describe el contenido de alguno de los más importantes siquiera, quedando a la labor integradora de los jueces (no a la jurisprudencia, pues no se acepta como fuente de Derecho en el sistema jurisdiccional cubano), el complemento de esta imperdonable omisión del legislador.

Para el resarcimiento de la responsabilidad civil derivada de actos ilícitos se puede acudir a la solicitud de la restitución del bien, la reparación del daño material, la indemnización del perjuicio o la reparación del daño moral (artículo 83). En nuestra materia las medidas más importantes de las previstas en el Código civil cubano, son las dos últimas.

La indemnización de los perjuicios comprende: en caso de muerte, y de encontrarse la víctima sujeta al pago de una obligación alimenticia, una prestación en dinero calculada en función de las necesidades del alimentista durante el tiempo de vigencia de las obligaciones; y en caso de daño a la integridad corporal y suponiendo la pérdida total o parcial de su capacidad para el trabajo, o si aumentan sus necesidades o disminuyen sus expectativas futuras, una prestación en dinero que compense la pérdida sufrida, los gastos de curación, y los salarios u otros ingresos o beneficios dejados de percibir.

La reparación del daño moral comprende la satisfacción al ofendido mediante la retractación pública del ofensor. En ambos casos es muy estrecha la concepción de la manera de reparar los daños y perjuicios, sean morales o materiales, ocasionados por haberse violado uno de los derechos de la personalidad, lo cual muestra el desinterés del

legislador cubano en este tema, y en brindar la más eficaz, adecuada y efectiva protección de estos derechos subjetivos.

No basta con que se reconozca más o menos la existencia de los derechos subjetivos de la personalidad, o que se enuncien en el texto constitucional, y menos en la norma penal de última fila; es indispensable su amparo efectivo, con todas las medidas necesarias para ello, en la legislación civil. Como ha quedado demostrado a lo largo de este trabajo de investigación, es en el campo de la disciplina civil a donde pertenecen los derechos de la personalidad, y es sólo en este ámbito donde encontrarán su más certero respeto y protección.

No obstante tanta oscuridad de la ley civil en este campo, existe un artículo del que podrían hacer muy buen uso los jueces al momento de resolver un asunto en que se maneje la violación o lesión de uno de los derechos de la personalidad y su correspondiente reparación. Se trata del artículo 111 del Código civil que establece que:

**“ARTÍCULO 111. La protección de los derechos civiles comprende, fundamentalmente:**

- a) el reconocimiento del derecho;
- b) el restablecimiento de la situación existente antes de la vulneración del derecho y el cese inmediato de los actos que lo perturben;
- c) ...
- ch) ...
- d) la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados;
- e) ...”<sup>5</sup>

Insistimos en que podría servir este precepto para suplir muchas de las omisiones que padece el Código civil en esta materia de reconocimiento y protección de los derechos de la personalidad. Al menos hasta hoy no creemos que así suceda, pues nos atreveríamos a

<sup>5</sup> Ley N° 59 Código civil. Ob.cit. p. 27.

asegurar la ausencia total de conocimientos por parte de la gran mayoría de los juristas cubanos sobre la existencia siquiera de algo denominado «derechos de la personalidad». Es una materia que no forma parte del programa de estudios de las Facultades de Derecho; como ocurre en la gran mayoría de los casos, su tratamiento se restringe a la esfera del Derecho público, constitucional, administrativo o penal.

### III.- Protección de los derechos de la personalidad en la legislación cubana.

La protección de la personalidad humana, a pesar de no encontrar un enunciado particular en la Constitución cubana, sí cuenta con la garantía de su protección en la obligación impuesta al Estado, como instrumento de la voluntad de todo el pueblo, de velar por el desarrollo integral de la personalidad. El artículo 9 de la Carta Política establece que:

“ARTÍCULO 9. El Estado:

a) realiza la voluntad del pueblo trabajador y

- ...

- garantiza la libertad y la dignidad plena del hombre, el disfrute de sus derechos, el ejercicio y cumplimiento de sus deberes y el desarrollo integral de su personalidad;

- ...”<sup>6</sup>

Con esta garantía se reconoce el papel del hombre en la sociedad: la construcción de la sociedad es obra del y para el hombre, el resultado de su energía y de su inteligencia. Y es el punto de partida necesario y suficiente para la debida protección de los derechos de la personalidad en la esfera civil, de la que tanto necesitan en las sociedades modernas todos los seres humanos.

<sup>6</sup> *Constitución de la República de Cuba*. Editora Política. La Habana. Cuba. 1992. p. 6.

### **A.- Derecho al honor.**

El derecho al honor no tiene una protección específicamente enunciada en ningún instrumento jurídico, con excepción de las sanciones impuestas en las normas penales una vez consumada su agresión. Su garantía podría deducirse de lo establecido en el artículo 9. a) arriba transcrito si recordamos la estrecha vinculación entre los conceptos de honor y dignidad.

Este principio de dignidad ha sido ampliamente cumplido por la Revolución en un sentido muy genérico, al permitir el acceso ilimitado de todos los ciudadanos, sin distinción, a todas las manifestaciones de la cultura, la danza, el teatro, las artes plásticas, la música, la investigación científica y técnica, al trabajo, al deporte, y a la educación. La dignidad, como rango o categoría de la persona, del que deriva y en el que se proyecta el derecho al honor, se ha visto protegida en Cuba al no admitirse discriminación alguna por razón del nacimiento, la raza, el color de la piel, el sexo, las creencias religiosas o cualquier otra manifestación lesiva a la dignidad humana (artículos 8, 9, 37, 39, 40, 41-44 y demás de la Constitución).

No obstante, en nuestro ordenamiento no puede encontrarse una definición de tal concepto, que resulta así, jurídicamente indeterminado. Su significado hay que buscarlo entonces en el lenguaje de todos: el denominador común de todos los ataques o intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección de este derecho, además de las manifestaciones antes señaladas, está en el desmerecimiento sobre la consideración propia o ajena como consecuencia de expresiones proferidas en descrédito o menosprecio de alguien o que fueren tenidas en el concepto público por afrentosas.

Los artículos 376, 377 y 378 del Código penal sancionan a penas privativas de libertad o multas a quienes, ante terceras personas, imputen a otros una conducta, hecho o característica contrarios al honor, que puedan dañar su reputación social, rebajarlo en la opinión pública o exponerlo a perder la confianza requerida para el desempeño de su cargo,

profesión o función social, o que, a sabiendas, divulgue hechos falsos que redunden en descrédito de una persona sea de palabra, o por escrito, o por medio de dibujos, gestos o actos.<sup>7</sup>

#### **B.- Derecho a la intimidad personal y familiar.**

La intimidad, entendida en los clásicos supuestos que contempla, es desconocida taxativamente por la legislación cubana. Recordemos que se consideran intromisiones ilegítimas a la intimidad de una persona y su familia, la intrusión en la soledad física que cada persona ha reservado para sí y su entorno familiar; la divulgación pública de hechos privados que pertenecen al círculo íntimo de la persona; y la presentación de circunstancias personales bajo una luz o apariencia falsa.

Sin embargo, en algunas de sus manifestaciones concretas, este derecho logra cierto grado de protección, todavía muy insuficiente.

El artículo 37 de la Constitución, en su tercer párrafo, establece la prohibición de consignar en la correspondiente inscripción de los hijos, declaración alguna diferenciando los nacimientos, el origen de los mismos, ni sobre el estado civil de los padres, ni ninguna otra referencia a la calificación de la filiación del hijo que pueda resultar denigrante a la persona, regulación repetida en el artículo 4 de la Ley N° 51 del Registro del Estado Civil de fecha 15 de julio de 1985.<sup>8</sup> La filiación y el origen de un niño adoptado pertenecen al ámbito del derecho a la intimidad que se extiende no sólo a los aspectos de la vida propia personal, sino también a determinados aspectos de la vida de otras personas con las que se guarde una estrecha vinculación y que inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo.

Los datos relativos al padecimiento de determinadas enfermedades, pertenecen también al ámbito protegido por el derecho a la intimidad. La identificación, aunque sea

<sup>7</sup> Ley N° 62, Código penal de 29 de diciembre de 1987. Gaceta Oficial de la República de Cuba. Edición extraordinaria. La Habana. Cuba. 30 de diciembre de 1987.

<sup>8</sup> Ley N° 51 del Registro del Estado Civil. Ministerio de Justicia. La Habana. Cuba. 1986. p. 72.

indirecta, de una persona afectada por el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida, provoca todavía cierta alarma social, con frecuencia acompañada de reacciones tan reprobables, como desgraciadamente reales, de marginación para muchas de sus víctimas. Ha sido política de las instituciones médicas del Estado cubano la reserva de estos datos, y dejar a la libre elección del enfermo, su difusión dentro del círculo de familiares, de amistades, o laboral, así como su internamiento y atención concentrada y especializada.

Como formas de manifestación de la intimidad personal y familiar, la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia están amparadas en los artículos 56 y 57 de la Constitución.

El domicilio constituye la prolongación de la persona física, y rebasa la esfera individual para proteger algo tan importante como ella misma: la familia. Dada la trascendencia de este derecho de la personalidad se prohíbe toda intervención en el domicilio de una persona, salvo los casos que determina la ley.

Son el Código penal y la Ley de Procedimientos penales las encargadas de proteger y regular el ejercicio de este derecho. Son sancionadas las personas que penetren en un domicilio ajeno sin la voluntad expresa o tácita del morador, o permanezca en él contra su voluntad manifiesta; lo propio ocurre para quien sin estar autorizado legalmente, o sin cumplir las formalidades de rigor, efectúe un registro en un domicilio. En la ley están previstas las formalidades que deben revestir los actos de entrada y registro de un domicilio privado, que generalmente son realizados con carácter excepcional cuando se tiene la certeza o existen indicios que señalan la posibilidad de que en el mismo se encuentre un acusado de algún delito, o los instrumentos utilizados para perpetrarlo u otros objetos que puedan ser de utilidad a los fines de la investigación, y siempre mediando resolución fundada de la autoridad competente.

En lo que al derecho a la inviolabilidad de la correspondencia concierne, aplicable a las comunicaciones telegráficas, cablegráficas y telefónicas, su único límite se encuentra en la

vinculación con delitos. Por medio de la correspondencia el hombre entrega al cuidado del Estado su más caros secretos e intimidades y no debe dudarse en su más irrestricta protección.

Pero vuelven a ser las leyes penales las encargadas de asegurar que este derecho sea cumplido. Se sanciona a quien abra cartas, telegramas, despachos o cualquier correspondencia perteneciente a otra persona, sin estar autorizado para ello, o viole el secreto de las comunicaciones telefónicas. Sólo puede ordenarse la retención, apertura y examen de la correspondencia privada, postal, telegráfica o cablegráfica de una persona acusada de un delito y siempre que existan indicios de la posibilidad de obtenerse por este medio el descubrimiento o la comprobación de algún hecho delictivo o alguna circunstancia importante relacionada con el mismo. En todo caso se requiere una previa resolución fundada de la autoridad competente.

Como ocurre con el derecho al honor, la intimidad, al no encontrar una definición dentro de las normas civiles, o al menos, un catálogo de situaciones que signifiquen su vulneración, tropieza con una indeterminación jurídica que redunde en perjuicio de su eficaz protección.

### **C.- Derecho al nombre.**

El derecho al nombre encuentra su amparo en la legislación relacionada con el Registro civil antes mencionada, y su debida regulación en el Reglamento de la Ley del Registro Civil.<sup>9</sup> Igualmente contienen algunas regulaciones protectoras del derecho al nombre, la Ley N° 14 del Derecho de Autor de 28 de diciembre de 1977.

El nombre de la persona a inscribir será libremente escogido por los padres o por el declarante en un número no superior a dos, siempre que estén en correspondencia con el

---

<sup>9</sup> Resolución N° 157 del Ministro de Justicia aprobando el *Reglamento de la Ley del Registro del Estado Civil* de 25 de diciembre de 1985. Ministerio de Justicia. La Habana. Cuba. 1986. pp. 137 y ss.

desarrollo educacional y cultural del pueblo y sus tradiciones. Corresponde a los hijos como primer apellido el primero del padre, y como segundo, el primero de la madre, con la excepción de los hijos no reconocidos por el padre, a quienes se les inscribirá con los dos apellidos de la madre. Los hijos nacidos de cubano con extranjeros, se inscribirán de la forma descripta. El cambio, adición, modificación o supresión de nombres y apellidos, se puede hacer con carácter excepcional siempre que la persona pruebe ser conocida socialmente por los nombres y apellidos que solicita, o porque éstos sean poco comunes, o estén asociados a hechos, objetos, animales o cosas que no resulten del agrado del solicitante, y siempre se autorizará mediante resolución fundada de la autoridad registral competente.

El principio de libre elección del nombre protegido por la legislación cubana llegó a niveles aberrantes en la década de los años 70 y parte de los 80. Las parejas "creaban" nuevos nombres para sus hijos e hijas utilizando diversos métodos: combinando varias sílabas de los respectivos nombres de los padres, o pronunciando al revés el de uno de ellos o la mencionada combinación. O bien se inventaban vocablos de imposible repetición que fueron, durante muchos años, la pesadilla de maestros, amigos y de los propios menores.

En el artículo 4 de la Ley del Derecho de Autor, se reconoce la facultad que éste tiene de exigir se reconozca la paternidad de su obra, y en especial, que se mencione su nombre o seudónimo cada vez que la misma sea utilizada, así como realizar o autorizar la publicación, la reproducción o la comunicación de su obra bajo su propio nombre, bajo seudónimo o de forma anónima.<sup>10</sup>

#### **D.- Derecho a la vida.**

El reconocimiento del derecho a la vida en la legislación cubana, encuentra su manifestación en la norma penal, sancionando los delitos en que se atente contra la vida: el

---

<sup>10</sup> Ley N° 14 del Derecho de Autor. Gaceta Oficial de la República de Cuba. Edición ordinaria. 30 de diciembre de 1977.

asesinato, el homicidio y el auxilio al suicidio. En realidad después de cometido el delito, ya queda muy poco derecho a la vida que proteger; estas normas funcionan más bien para evitar la impunidad de los hechos que en nada respetan el más esencial derecho del hombre, junto con su libertad.

En la Constitución aprobada en el año de 1940, de un marcado carácter progresista a pesar de algunas limitaciones que no es el caso analizar en el presente trabajo, y la inclusión de algunos preceptos rendidos enteramente a los intereses de las clases más influyentes, como garantía del derecho a la vida se abolió la pena de muerte. Este principio abolicionista respondió a un positivo progreso cultural. Con la llegada de la Revolución, y por circunstancias históricas y objetivas relacionadas con la inminente necesidad de proteger a toda costa los logros alcanzados en el plano social, volvió a implantarse la pena de muerte.

“Con el triunfo de la corriente de la defensa social, el precepto de la Constitución de 1940 resultaba un tanto anacrónico, porque tal criterio abolicionista sólo es recomendable en una sociedad donde no se haya aún impuesto la racionalización del Derecho en sus múltiples manifestaciones, y en este caso cualquier sistema es igual, pues significa la vuelta a la barbarie, donde es un contrasentido hablar de garantías para la vida, ya que la integridad del individuo queda sometida a los abusos del poder ilegítimo y no a la acción consciente y reflexiva del Derecho.”<sup>11</sup>

La pena de muerte está prevista sólo con carácter excepcional y siempre cuenta con otras penas alternativas, para ciertos casos de crímenes particularmente repudiables, como el asesinato agravado, y la violación de una mujer menor de 12 años, así como para algunos actos contra la seguridad del Estado. El Código penal faculta a los tribunales para sustituir en la propia sentencia, la pena capital decidida, por una privativa de libertad de 30 años. Esta pena máxima no puede ser impuesta a menores de 20 años de edad, ni a mujeres que estuvieren encintas al momento de la comisión del delito o de dictarse la sentencia; en todo

---

<sup>11</sup> Álvarez Tabío, Fernando. *Comentarios a la Constitución Socialista*. Editorial Ciencias Sociales. La Habana. Cuba. 1981. p. 216.

caso esta decisión debe ser ratificada o conmutada por el voto de cada uno de los miembros del Consejo de Estado, máximo órgano de gobierno que funge durante los recesos del Parlamento.

En la legislación civil todo el reconocimiento y protección que merece el derecho a la vida se limita a la regulación donde se prevé la indemnización a que se obliga el responsable en caso de muerte, independientemente de la sanción penal correspondiente (artículo 86 inciso a) del Código civil).

#### **E.- Derecho a la libertad.**

El derecho a la libertad en sus diversas manifestaciones, encuentra el debido amparo en la legislación constitucional cubana, en la norma penal y en algunos pronunciamientos de la norma civil.

La libertad personal se encuentra protegida en el artículo 58 de la Carta Política cuando establece:

**“ARTÍCULO 58:** La libertad e inviolabilidad de su persona están garantizadas a todos los que residen en el territorio nacional.  
Nadie puede ser detenido sino en los casos, en la forma y con las garantías que prescriben las leyes.  
El detenido o preso es inviolable en su integridad personal.”<sup>12</sup>

La personalidad no podría manifestarse por completo si no se otorgan determinadas garantías de carácter físico al individuo. Junto al derecho de libertad, casi siempre convive el de seguridad, y a ambos concierne la convicción que necesita tener la persona de que su persona y sus bienes serán respetados por quienes con él conviven y por quienes rigen los destinos de la Nación y sus agentes.

<sup>12</sup> *Constitución...* Ob.cit. p. 27.

Esta libertad y seguridad exigen, además de su reconocimiento de derecho, su respeto de hecho, pues de poco vale un catálogo de garantías de los derechos del hombre y de las más esenciales manifestaciones de su personalidad, si son desconocidos en la práctica por el resto de las personas y por las autoridades.

El Código penal sanciona severamente todas las conductas que impliquen la limitación o privación de la libertad ejercida de manera arbitraria. Así reprime a quien sin estar facultado y fuera de los casos en que lo determina la ley, prive a otro de su libertad personal, agravándose la pena cuando el hecho se produce con propósito de lucro o de venganza, si resulta perjudicada la salud, la dignidad o el patrimonio de la víctima, si se trata de un funcionario público o de un menor de 16 años de edad, o si resulta la muerte.

Los funcionarios públicos que dentro del plazo legal no pongan en libertad a un detenido, aún si deriva de la negligencia, o prolonguen indebidamente el cumplimiento de una resolución en la que se disponga la libertad de un detenido son también sancionados.

El Estado cubano garantiza la libertad religiosa y la igualdad de consideración a las diversas creencias y religiones en el artículo 8 de la Constitución, y más específicamente, ampara la libertad de conciencia, reconocida en el artículo 55 al disponer que:

**“ARTÍCULO 55: El Estado, que reconoce, respeta y garantiza la libertad de conciencia y de religión, reconoce, respeta y garantiza a la vez la libertad de cada ciudadano de cambiar de creencias religiosas o no tener ninguna, y a profesar, dentro del respeto a la ley, el culto religioso de su preferencia. La ley regula las relaciones del Estado con las instituciones religiosas.”<sup>13</sup>**

La libertad de conciencia supone el derecho de cada ciudadano a profesar cualquier religión o a no aceptar ninguna; también significa que los demás derechos de los ciudadanos

---

<sup>13</sup> Ibid. p. 26.

no dependen de sus creencias religiosas ni de su actitud negativa ante la religión en general. Se materialista en la separación entre la Iglesia con el Estado y la educación. El Estado no interviene en la vida interna y en el funcionamiento de la Iglesia, ni permite que ésta de inmiscuya en las funciones estatales, ni en la educación de las escuelas públicas.

La razón es obvia. Es imposible desarraigar las convicciones religiosas con la aplicación de medidas legislativas o administrativas; es una decisión libre de cada persona entender al mundo en la forma que sus ideas, su educación y sus creencias le aconsejen.

Históricamente, el fuero más poderoso que se ha impuesto a la conciencia humana ha sido la religión. Pero querer violentar el pensamiento en una u otra forma, es como querer eliminar al hombre a fuego y espada. La solución está en delimitar la esfera y el campo de actuación de la Iglesia, dejando a la libertad de elección del individuo la posición a asumir. No es tarea actual de la Revolución difundir el ateísmo descarnado, sino difundir la verdad, facilitar la investigación científica a todas las ramas, promover la labor científica, literaria y artística libre de todo prejuicio a favor o en contra de una posición atea o no.

En Cuba existen numerosas agrupaciones religiosas reconocidas entre las que se encuentran la Iglesia Católica, la Presbiteriana, la Metodista, los cultos de origen africano, el Ejército de Salvación, la Iglesia Bautista, la Adventista, los cuáqueros, los pentecosteses, etcétera. La escuela está separada de la Iglesia por ser los centros docentes, en su casi mayoría, estatales. Pero ello no significa que las iglesias no cuenten con sus propios seminarios o centros dedicados a la preparación de sus sacerdotes o pastores, algunos de ellos de tradición centenaria: el Seminario Interdiocesano de San Carlos y San Ambrosio en la ciudad de La Habana, el Seminario Menor de la ciudad de Santiago de Cuba, o el Seminario Evangélico de Teología en la ciudad de Matanzas.

La libertad de palabra y de prensa se reconoce en el artículo 53 constitucional, condicionada a su ejercicio conforme a los fines de la sociedad que en Cuba se edifica; por consiguiente no pueden ser ejercitadas en contra de los intereses del Estado cubano. "En

nuestro Estado socialista, la libertad de prensa significa que las imprentas, las fábricas de papel y de tintas se encuentren íntegramente a disposición de los trabajadores.”<sup>14</sup> Estas libertades están establecidas en interés de las mayorías. La prensa ha alcanzado en las sociedades actuales la categoría de «cuarto poder» del Estado por reunir cada día a millones de personas bajo el influjo de las mismas ideas.

Tanto en las sociedades capitalistas como socialistas, esta libertad estará matizada por los intereses de quienes manejen los medios de comunicación social: monopolios o poseedores de grandes fortunas en un caso y el Estado socialista en el otro. Hasta 1979, la prensa norteamericana estaba controlada por cuatro grandes cadenas: la Hearst, la Mc Cormick, Patterson y Howard.<sup>15</sup>

Las libertades de expresión, y de creación literaria, artística y científica, son protegidas tanto por la norma constitucional como por la norma penal. En el primer caso, el artículo 39, en sus incisos ch) y e) reconocen y garantizan la libre creación artística e investigativa siempre que su contenido no sea contrario a la Revolución, dejando a la libre elección la forma de expresión en el arte. En el segundo caso, se sancionan las conductas que impidan el ejercicio de estos derechos, pero a su vez se contemplan severas sanciones para quienes inciten por medio de la propaganda oral o escrita contra el orden social o el Estado, o para quienes difundan noticias falsas o predicciones maliciosas tendentes a causar alarma o descontento, o desórdenes públicos en la población. Lo propio ocurre para quien, en lugares públicos, espectáculos o reuniones numerosas, dé gritos de alarma, profiera amenazas de peligro común o realice cualquier otro acto con el propósito de provocar el pánico o el tumulto.

La libertad sexual encuentra su correspondiente amparo en las disposiciones constitucionales relacionadas con la igualdad de los sexos, que recibe su constante ratificación en cualquier obra de la Revolución. Tanto hombres como mujeres no son

<sup>14</sup> Álvarez Tabío, Fernando. *Ob.cit.* p. 206.

<sup>15</sup> Zaffore, Jorge. *La comunicación masiva*. Ediciones Depalma. Buenos Aires. República Argentina. 1990. p. 25.

absolutamente reprimidos en el ejercicio de su sexualidad; el control y planificación familiar es una decisión de la pareja en la que no se inmiscuye para nada el Estado; las relaciones matrimoniales no formalizadas surten todos los efectos propios del matrimonio formalizado legalmente siempre que concurren los requisitos de estabilidad, singularidad y aptitud legal para contraerlo.<sup>16</sup>

Actualmente es imposible el reconocimiento de matrimonios entre transexuales en Cuba, pues expresamente se define esta institución en el artículo 36 de la Constitución, y su correlativo del Código de Familia, como la unión voluntariamente concertada de un hombre y una mujer con aptitud legal para ello, a fin de hacer vida en común.<sup>17</sup>

#### **F.- Derecho a la integridad física.**

La inviolabilidad de la integridad de la persona está garantizada en el artículo 58 constitucional antes transcrito. Asimismo se prohíbe toda violencia o coacción de cualquier clase sobre las personas para obligarlas a declarar (artículo 59), y la realización de torturas o malos tratos a las personas privadas de libertad.

El Código civil limita su reconocimiento a este derecho de la personalidad, al tratar el contenido de la indemnización de los perjuicios en caso de daño a la integridad corporal (artículo 86 incisos d), c), d) y e) del propio precepto).

Los delitos contra la integridad física de las personas están severamente castigados en la legislación penal. Así, son sancionados con penas privativas de libertad exclusivamente, todos aquellos que causen lesiones corporales o dañen la salud de otra persona, o la ciegue, castre o inutilice para la procreación.

---

<sup>16</sup> Ley N° 1289 Código de Familia de 14 de febrero de 1975. Divulgación del Ministerio de Justicia. La Habana, Cuba. 1990.

<sup>17</sup> Constitución... Ob.cit. p. 18.

Finalmente, no por tratarse de un derecho de la personalidad propiamente, pero por su incidencia de el espacio físico necesario para el desenvolvimiento adecuado de los mismos, la Constitución cubana obliga al Estado y a toda la sociedad a proteger la naturaleza, velar por el mantenimiento de las aguas y la atmósfera, y porque se proteja el suelo, la flora y la fauna (artículo 27 constitucional).

Esta materia es de orden público si tomamos en consideración que muchas de las alteraciones que se producen en el ambiente son el resultado de actividades no prohibidas: el escape de gas de los vehículos, los desperdicios de la industria, el uso de insecticidas en la agricultura. No cabe duda que la labor que enfrenta el Estado cubano y el resto de la comunidad internacional en general, supone el desarrollo de un Derecho esencialmente nuevo en una escala considerable.

En este punto, hasta donde nuestra labor investiga lo permitió, termina toda la protección que a los derechos de la personalidad se brinda en la legislación cubana. Como se aprecia, su amparo civil es prácticamente nulo. En primer lugar se necesita de una educación jurídica ciudadana a fin de que se conozcan por sus destinatarios, los derechos que le asisten a su esencia humana, a las diversas manifestaciones de su personalidad. Logrado ello no quedaría otra alternativa al legislador que regular exhaustivamente el contenido y alcance de los derechos de la personalidad en el campo al que en realidad pertenecen: el Derecho civil.

Reconocemos, que aunque no es causa de justificación, la Revolución en determinada etapa de su existencia tuvo que priorizar sus esfuerzos en otras direcciones, en resolver muchas de las necesidades sociales de las que estaba ayuna la población mayoritaria, y en defenderse de sus todavía hoy constantes presiones y ataques externos. Pero ya es momento de que centre otra vez su atención en su fundamental cantera, que es el hombre individual. Con el respeto de los derechos de la personalidad de cada uno de sus ciudadanos, se lograría por extensión la protección y garantía de los derechos de toda la sociedad en su conjunto.

No todo está perdido; se cuenta al menos con un elemental punto de arranque que puede servir de pivote para un avanzado y completo reconocimiento de tan esenciales derechos subjetivos en la forma que durante todo este trabajo se ha descrito, y según lo permitan las condiciones económicas, sociales, culturales y políticas imperantes en Cuba. Siempre hemos pensado que con ello se ganaría gran parte de la batalla que constantemente se libra por demostrar que los derechos del hombre són respetados en Cuba. Pero por sobre todas las cosas, los que allá vivimos y quienes tenemos todas nuestras esperanzas puestas en un cambio beneficioso para todos —sin intervenciones de intereses externos, ni consejos de quienes sólo buscan la retirada del gobierno para repartirse en grandes tajadas lo que hasta ahora se ha logrado con el sacrificio de todos— disfrutaríamos de una mejor sociedad, y del mejor lugar del mundo para vivir, en que se respeta la dignidad humana de cada uno de nosotros y de todos en general.

## CONCLUSIONES

**Primera:** El concepto de persona designa una realidad natural con una valoración ética históricamente comprobada, que se impone al Derecho. A lo largo de la historia, los diversos sistemas jurídicos han configurado una noción de persona, como imagen de las concepciones ideológicas sobre el significado del hombre en el contexto natural y social.

**Segunda:** El régimen jurídico de los derechos de la personalidad tiende a convertirse en la actualidad, en el conjunto normativo más nutrido e importante dentro de la materia propia del Derecho de la persona. Ello se debe a que en él se manifiesta la autonomía y sustantividad logradas finalmente por la persona como institución jurídica, más allá y al margen de otras categorías —como la capacidad— que sólo se reservan para explicar la dinámica de la persona-sujeto en las relaciones jurídicas de carácter civil.

**Tercera:** La consideración jurídica de los derechos de la personalidad como proyecciones concretas y formales de la dignidad, y su protección, constituyen el núcleo central de la materia jurídico-personal. De su planteamiento teórico y práctico depende que el Derecho de la persona esté dotado o no de sustantividad en el ordenamiento civil, es decir, que el valor o significado institucional de la persona se sobreponga frente al llamado sentido técnico de la misma, que no es más que el camuflaje a la primacía valorativa que se concede a las instituciones patrimonialistas.

**Cuarta:** Todos los derechos de la personalidad son valores de igual jerarquía pues el interés que protegen no es otro que el goce o satisfacción que los bienes que se busca preservar producen a la persona humana, cuya unidad, como ser ético-físico, no tolera el ataque inescindible de su existencia misma.

**Quinta:** Los derechos de la personalidad son derechos subjetivos *sui generis*, en el sentido de que para su existencia no es necesario que el Derecho los reconozca; son anteriores a la persona y al ordenamiento jurídico que se limita a protegerlos, dotándolos desde ese momento de la categoría de derechos subjetivos, entendidos como la facultad plasmada en la norma jurídica, por la cual un sujeto puede realizar determinadas conductas, exigir de otras una conducta, y correlativamente, asumir el deber jurídico de respetar los derechos de los restantes integrantes de su grupo social. No hay obstáculos para que los derechos de la personalidad sean calificados como derechos subjetivos puesto que el objeto de las relaciones jurídicas y de los derechos subjetivos varía según la naturaleza de éstos, y recae sobre la satisfacción de un deseo, una necesidad o el interés mismo de que esos derechos sean amparados, y cuando ese interés es tutelado, estamos en presencia de un derecho subjetivo.

**Sexta:** El contenido e importancia de los derechos de la personalidad dependerán, en buena medida, de las condiciones histórico-concretas imperantes al momento de su reconocimiento y regulación. Por ello no puede esquematizarse el catálogo que de los mismos pueda hacerse. No puede entenderse que serán reconocidos como derechos de la personalidad todos y cada uno de los valores que acompañan a la persona, sino aquellos derechos subjetivos cuya relevancia y carácter esenciales, ameriten la protección por el Derecho.

**Séptima:** En muchos países se ha dispensado un efectivo amparo a los derechos de la personalidad mediante la aplicación de reglas y principios generales de Derecho civil, especialmente de aquellos que rigen la responsabilidad extracontractual. Si bien las medidas de orden civil son menos severas, y por ello menos temibles que las sanciones penales, tienen la ventaja de que cubren un espectro muchísimo más amplio de hechos violatorios.

**Octava:** El daño moral es una institución de Derecho civil que resulta idónea para la efectiva protección y la consiguiente disminución de los quebrantos que a los derechos de la personalidad pueda sufrir la persona.

**Novena:** La reparación del daño moral cumple una función resarcitoria o compensatoria, lo cual equivale a dar a la víctima la posibilidad de procurarse satisfacciones equivalentes a las que ha perdido, sin que ello signifique restituir las cosas al estado en que se encontraban antes de sufrir la lesión en alguno de los bienes de la personalidad. El dinero, hasta hoy, cumple esta función de equivalencia, de satisfacción entre el daño sufrido y la reparación a quien ha sido injustamente herido en sus sentimientos o afecciones.

**Décima:** Tradicionalmente se ha producido una especie de fenómeno de minimización de los derechos de la personalidad del hombre, como elevadísimo precio que paga por su socialización; de ahí que pueda cuestionarse y reflexionarse sobre el debilitamiento de los mismos y la insensibilidad general ante esto. No sólo la propia vida y la integridad física se ven negadas de consumo en el actual acontecer, sino la libertad real, el honor, la intimidad, y la identidad personal.

**Decimoprimera:** Los derechos a la libertad de expresión e información son la garantía y los derechos de la personalidad son el objeto a garantizar. Por consiguiente, por muy importantes que sean estas libertades para la formación de una opinión pública libre, indispensable para la participación de los ciudadanos en la vida económica, política, cultural y social, por encima de ello debe estar en nuestra opinión, el respeto a la persona, sin el cual es imposible concebir una sociedad democrática.

**Decimosegunda:** Si nos situamos en el plano extremo de la exaltación de la vida humana por sobre todos los demás valores, llegaríamos a la conclusión, sin paradojas y en la más absoluta coherencia, de que ni la pena de muerte, ni el aborto ni la eutanasia deben en ningún caso permitirse. Pero existen otros valores tan importantes como la vida humana, como son la libertad y autodeterminación del propio individuo, la dignidad, el respeto por los demás, que implica, no la aplicación esquemática, inexorable y absoluta del respeto a la vida humana

por sobre todas las cosas sin distinciones, excepciones ni concesiones, sino la existencia de vida pero digna, útil, y protegida de todos los seres humanos.

**Decimotercera:** De las Constituciones actuales puede deducirse, sin grandes inconvenientes, el derecho a disponer de la propia vida, si bien dada la inmensa importancia del bien jurídico al que ahora nos estamos refiriendo, así como la gravedad que implica el acto de disposición del mismo, y dada la ineludible obligación que tiene el Estado de proteger la vida, lo que sí podría o debería hacerse es establecer una regulación en cuanto a la prestación del consentimiento y los límites a la eficacia del mismo.

**Decimocuarta:** El derecho debe tener respuestas coherentes que permitan dar soluciones a los problemas reales que se plantean en la sociedad por muy nuevos, imprevistos y polémicos que éstos sean y por más que se prevea que la solución adoptada pueda resultar conflictiva o insuficiente. El jurista debe reconocer el problema y reorientarlo en el sentido del máximo consenso y dentro del mayor respeto posible a las opciones individuales, evitando cualquier forma de paternalismo con la sociedad misma.

**Decimoquinta:** México demanda de una más acabada regulación y protección de los derechos subjetivos de la personalidad humana en la justa y precisa medida que su realidad política, económica, cultural, social y tecnológica necesita. Debe, en consecuencia, suplir las omisiones que padece en el amparo de derechos tan especiales como la intimidación personal y familiar, la imagen y la identidad personal, como evitar la protección de bienes que escapan a la característica de esencialidad y suficiente entidad que requieren para que los mismos sean de interés al Derecho.

**Decimosexta:** No existe causa que justifique actualmente la ignorancia del legislador cubano de la necesidad de que sean adecuadamente regulados y protegidos los derechos de la personalidad. Lejos de significar una tarea que pudiera considerarse no prioritaria dadas las difíciles circunstancias por las que se atraviesa en estos tiempos en Cuba, urge su

**tratamiento consecuente con las condiciones políticas, culturales, sociales y económicas imperantes para lograr así el amparo merecido por la fuerza fundamental con que cuenta la sociedad para su avance y desarrollo, que es el hombre.**

## BIBLIOGRAFÍA

### I.- Tratados, Manuales y Monografías

*Aborto y derecho a vivir: documentos de los Episcopados de Gran Bretaña y de Francia.* Colección Documentos y Estudios. PPC. Madrid. España. 1980.

**AGUILERA FERNÁNDEZ**, Antonio. *La libertad de expresión del ciudadano y la libertad de prensa o información. Posibilidades y límites constitucionales.* Editorial Comares. Granada. España. 1990.

**ALBALADEJO GARCÍA**, Manuel. *Derecho civil.* Tomo I. Volumen 2º. Novena edición. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. España. 1985.

**ALTERINI**, Atilio A. *Temas de responsabilidad civil: contractual y extracontractual.* Universidad de Buenos Aires, Ciudad Argentina. Buenos Aires. República Argentina. 1995.

**ALVARADO URIBURU**, Oscar (et al.). *El derecho a nacer.* Abeledo-Perrot. Buenos Aires. República Argentina. 1993.

**ÁLVAREZ TABÍO**, Fernando. *Comentarios a la Constitución Socialista.* Editorial Ciencias Sociales. La Habana. Cuba. 1981.

**ÁLVAREZ VELIZ**, María Isabel y María Fuencisla Alcón Yustas. *Las Constituciones de los quince Estados de la Unión Europea.* Editorial Dykinson. Madrid. España. 1996.

**AMAT LLARI**, María Eulalia. *El derecho a la propia imagen y su valor publicitario.* Editorial La Ley. Madrid. España. 1992.

Amnistía Internacional. *Cuando es el Estado el que mata... Los derechos humanos frente a la pena de muerte.* EDAI. Madrid. España. 1989.

**ÁNGEL YÁGÜEZ**, Ricardo de. *Intromisión ilegítima, antijuricidad, culpabilidad, daño, y su resarcimiento. Los sujetos activo y pasivo.* Ponencia dentro del curso sobre honor, intimidad y propia imagen, organizado por el Consejo General del Poder Judicial. Madrid. España. Noviembre de 1993.

**ÁNGEL YÁGÜEZ**, Ricardo de. *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño).* Cuadernos Civitas. Editorial Civitas, S.A. Madrid. España. 1995.

**ÁNGEL YÁGÜEZ**, Ricardo de. *La responsabilidad civil*. Universidad de Deusto. Bilbao. España. 1988.

**ÁNGEL YÁGÜEZ**, Ricardo de. *Lecciones sobre responsabilidad civil*. Reimpresión. Universidad de Deusto. Bilbao. España. 1978.

**ASÍS ROIG**, Rafael de. *Las paradojas de los derechos fundamentales como límite al poder*. Editorial Debate. Madrid. España. 1992.

**AUBERT**, Maurice. *El secreto bancario suizo: extensión y límites en derecho privado, penal, administrativo, fiscal, judicial, en el marco de las convenciones internacionales y según la jurisprudencia de los tribunales de los Estados Unidos*. Traducción de Alejandro Vergara. EDERSA. Madrid. España. 1990.

**AUBRY**, Charles y **RAU** Charles. *Cours de droit civil francais d'après la méthode de Zachariae*. Tomo VI. Marchal & Billiard. París. Francia. 1935.

**BALLESTER**, Eliel C. *Derecho de respuesta*. Editorial Astrea. Buenos Aires. República Argentina. 1987.

**BARBERO GUTIÉRREZ**, Javier. *Eutanasia hoy, un debate abierto*. Prólogo Pedro Laín Entralgo. Editorial Nóesis. Madrid. España. 1995.

**BARBERO SANTOS**, Marino (et al.). *La pena de muerte. Seis respuestas*. Boletín Oficial del Estado. Madrid. España. 1978.

**BARROSO ASENJO**, Porfirio. *Límites constitucionales al derecho de la información*. Editorial Mitre. Barcelona. España. 1984.

**BATIZA**, Rodolfo. *Las fuentes del Código civil de 1928*. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. 1974.

**BEL MALLÉN**, Ignacio; Loreto **CORREIDORA Y ALFONSO** y Pilar **COUSIDO**. *Derecho de la Información. Sujetos y medios*. Tomo I. Editorial Cólax. Madrid. España. 1992.

**BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO**, Rodrigo. *Derecho de la persona*. Editorial Montecorvo, S.A. Madrid. España. 1976.

**BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE**, Ignacio. *Los límites entre la libertad de expresión y los derechos de la personalidad*. Anuario 1990. Coord. María Teresa Freixes. Departamento de Ciencia Política y Derecho Público. Universidad Autónoma de Barcelona. España. PPU. Barcelona. España. 1991.

**BERNAL DEL CASTILLO**, Jesús. *Honor, verdad e información*. Universidad, Servicio de Publicaciones. Oviedo. España. 1994.

**BOBBIO**, Norberto. *El tiempo de los derechos*. Traducción de Rafael de Asís. Editorial Sistema. Madrid. España. 1991.

**BONESCHI**, Luca. *La información y los derechos de la persona*. Editorial Jovene. Nápoles. Italia. 1983.

**BORDA**, Guillermo A. *Tratado de Derecho civil*. Parte general I. Décima edición. Editorial Perrot. Buenos Aires. República Argentina. 1991.

**BORJA SORIANO**, Manuel. *Teoría general de las obligaciones*. Séptima edición. Tomo II. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. 1974.

**BORRELL MACÍA**, Antonio. *La persona humana. Derechos sobre su propio cuerpo vivo o muerto. Derechos sobre el cuerpo vivo o muerto de otros hombres*. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. España. 1954.

**BORRELL MACÍA**, Antonio. *Responsabilidades derivadas de culpa extracontractual. Estudio del artículo 1902 del Código civil y breves comentarios sobre los artículos 1903 a 1910 del propio cuerpo legal*. Segunda edición. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. España. 1958.

**BREBLA**, Roberto H. *El daño moral*. Editorial Orbi. Buenos Aires. República Argentina. 1967.

**BROWN**, Harold O.J. *El aborto: morir antes de nacer*. Traducción de María Jesús Herrero. Editorial ATE. Barcelona. España. 1983.

**BUEN**, Demófilo de. *La teoría de la relación jurídica en el Derecho civil español*. Libro homenaje al Profesor D. Felipe Clemente de Diego. Madrid. España. 1940.

**BURGOA ORIHUELA**, Ignacio. *Las garantías individuales*. Vigésima edición. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. 1986.

**BUSTAMANTE ALSINA**, Jorge. *Responsabilidad civil y otros estudios. Doctrina y comentarios de jurisprudencia*. Tomo II. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires. República Argentina. 1992.

**BUSTAMANTE ALSINA**, Jorge. *Teoría general de la responsabilidad civil*. Octava edición ampliada y actualizada. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. República Argentina. 1993.

**BUSTOS PUCHE**, José Enrique. *¿Prevalece la libertad de expresión sobre el derecho al honor?* Editorial Tecnos, S.A. Madrid. España. 1992.

**CABRERA ACEVEDO**, Lucio. *El derecho de protección al ambiente*. Universidad Nacional Autónoma de México. México, D.F. 1981.

**CARRERAS**, Jorge. *El embargo de bienes*. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. España. 1957.

**CARRERAS SERRA**, Lluís de. *Regimen jurídico de la información. Periodistas y medios de comunicación*. Prólogo de Manuel Jiménez de Parga. Centre D'Investigació de la Comunicació de la Generalitat de Catalunya. Editorial Ariel, S.A. Barcelona. España. 1996.

**CASADO GONZÁLEZ**, María. *La eutanasia: aspectos éticos y jurídicos*. Editorial Reus, S.A. Madrid. España. 1994.

**CASTÁN TOBEÑAS**, José. *Derecho civil español, común y foral*. Tomo I. Volumen 2. Reimpresión de la Decimosegunda edición. Revisada y puesta al día por José Luis de los Mozos. Editorial Reus, S.A. Madrid. España. 1991.

**CASTÁN TOBEÑAS**, José. *Los derechos del hombre*. Cuarta edición revisada y actualizada. Editorial Reus, S.A. Madrid. España. 1992.

**CASTÁN TOBEÑAS**, José. *Los derechos de la personalidad*. Editorial Reus, S.A. Madrid. España. 1952.

**CASTRO CID**, Benito de. *Reconocimiento de los derechos humanos*. Editorial Tecnos, S.A. Madrid. España. 1982.

**CASTRO CID**, Benito de. *Dimensión científica de los derechos del hombre*. Sevilla. España. 1979.

**CASTRO Y BRAVO**, Federico de. *Temas de Derecho civil. El Patrimonio y Derechos de la Personalidad*. Reimpresión. s/l. Madrid. España. 1976.

**CASTRO RUZ**, Fidel. *Por un mundo de paz, justicia y dignidad*. Oficina de Publicaciones del Consejo de Estado. La Habana. Cuba. 1996.

**CERVANTES**, Agustín. *Los duelos en Cuba*. Prólogo del conde Kostia. A. Miranda y Cº. Imprenta La Moderna. La Habana. Cuba. 1894.

**CIFUENTES**, Santos. *Los derechos personalísimos*. Editorial Lerner. Buenos Aires. República Argentina. 1974.

**CLAVERÍA GOSÁLBEZ**, Luis Humberto. *Notas para la construcción jurídica de los llamados derechos de la personalidad*. Libro homenaje al Profesor José Beltrán de Heredia

y Castaño. Publicaciones del Departamento de Derecho civil. Ediciones Universidad de Salamanca. Salamanca. España. 1984.

**COLINT, Ambrose-CAPITANT, Henry.** *Curso elemental de Derecho civil.* Traducción de Demófilo de Buen. Tomo I. Madrid. España. 1941.

**CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis.** *Honor, intimidad e imagen. Un análisis jurisprudencial de la L.O. 1/1982.* Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. España. 1996.

*Constituciones españolas y extranjeras.* Edición y estudio preliminar de Jorge de Esteban. Segunda edición. Tomos I y II. Editorial Taurus. Madrid. España. 1979.

*Corpus Hispanorum de Pace* dedicado a la Relectio de Indis. Volumen V. Madrid. España.

**COSSIO, Manuel de.** *Derecho al honor. Técnicas de protección y límites.* Tirant lo Blanch. Valencia. España. 1993.

**CREMADES, Javier.** *¡¡Quiero vivir!!: el primer derecho, el derecho a nacer.* Fernández Ciudad. Madrid. España. 1993.

**CREMADES, Javier.** *Los límites a la libertad de expresión en el ordenamiento jurídico español.* Editorial La Ley-Actualidad. Madrid. España. 1995.

**CREVILLÉN SÁNCHEZ, Clemente.** *Derechos de la personalidad: honor, intimidad personal y familiar y propia imagen en la jurisprudencia.* Actualidad. Alcobendas. Madrid. España. 1994.

**CRIADO DEL RÍO, María Teresa.** *Valoración médico-legal del daño a la persona por responsabilidad civil.* Editorial MAPFRE. Madrid. España. 1994.

*Cuerpo del Derecho civil romano.* A doble texto, traducido al castellano del latino. Publicado por los hermanos Kriegel y Hermann Osenbrüggen. Notas de referencia de D. Ildefonso L. García del Corral. Tomos I, II y III. Editorial Lex Nova, S.A. Barcelona. España. 1897.

**CUPIS, Adriano de.** *El daño: teoría general de la responsabilidad civil.* Traducción de la segunda edición italiana y estudio preliminar, Ángel Martínez Sarrión. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. España. 1975.

**DESANTES GUANTER, José María.** *Los límites de la información: la información en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, las 100 primeras sentencias.* Asociación de Prensa. Madrid. España. 1990.

**DESANTES GUANTER, José María.** *Intimidad e información, derechos excluyentes.* Editorial Nuestro Tiempo. Pamplona. España. España. 1972.

- DESANTES GUANTER**, José María. *La información como derecho*. Editora Nacional. Madrid. España. 1974.
- DEXPAX**, Michael. *Derecho del entorno*. Editorial Litec. París. Francia. 1980.
- DÍEZ-PICAZO**, Ignacio. *Poder judicial y responsabilidad*. Editorial La Ley. Madrid. España. 1990.
- DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN**, Luis y Antonio **GULLÓN BALLESTEROS**. *Instituciones de Derecho civil*. Volumen I. Editorial Tecnos, S.A. Madrid. España. 1995.
- DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN**, Luis. *Sistema de Derecho civil*. Volumen I. Editorial Tecnos, S.A. Madrid. España. 1984.
- DÍEZ RIPOLLÉS**, José Luis. *La protección de la libertad sexual. Insuficiencias actuales y propuestas de reforma*. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. España. 1985.
- DWORKIN**, Ronald. *El dominio de la vida: una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*. Versión española de Ricardo Caracciolo. Editorial Ariel. Barcelona. España. 1994.
- El aborto; la eutanasia*. Conferencia Episcopal Española. Comité Episcopal para la Defensa de la Vida. Planeta-De Agostini. Barcelona. España. 1991.
- El aborto: un tema para debate*. Seminario celebrado en febrero de 1982 por la Fundación de Investigaciones Marxistas. Editorial Ayuso. Madrid. España. 1982.
- El Digesto de Justiniano*. Versión castellana de Alvaro d'Ors (et al.) Editorial Aranzadi. Pamplona. España. España. 1975.
- El tratamiento jurídico de la eutanasia: una perspectiva comparada*. Coordinadores, José Luis Díez Ripollés y Juan Muñoz Sánchez. Tirant lo Blanch. Valencia. España.. 1996.
- ENNECCERUS**, Ludwig. *Código civil alemán*. Traducción de Carlos Melon Infante. Prólogo del Dr. Antonio Hernández Gil. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. España. 1994.
- ESPÍN CÁNOVAS**, Diego. *Las facultades del derecho moral de los autores y artistas*. Cuadernos Civitas. Editorial Civitas, S.A. Madrid. 1991.
- ESTADELLA YUSTE**, Olga. *La protección de la intimidad frente a la transmisión internacional de datos personales*. Generalitat de Catalunya. Editorial Tecnos, S.A. Madrid. España. 1995.

- ESTAL, Gabriel de.** *Derecho a la vida e institución familiar.* Editorial EAPSA. Madrid. España. 1979.
- ESTRADA ALONSO, Eduardo.** *El derecho al honor en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo.* Cuadernos Cívitas. Editorial Cívitas, S.A. Madrid. España. 1988.
- Estudios sobre derecho de la información.* Antonio Torres del Moral ... (et al.) Universidad Nacional de Educación a Distancia. Madrid. España. 1994.
- Estudios sobre el derecho a la intimidad.* Luis García San Miguel Rodríguez-Arango (editor). Editorial Tecnos, S.A. Madrid. España. 1992.
- Eutanasia: los dilemas morales.* Selección de textos hecha por R.M. Baird y por S.E. Rosenbaum. Editorial Martínez Roca. Barcelona. España. 1992.
- FARIÑAS MATONI, Luis María.** *El derecho a la intimidad.* Editorial Trivium. Madrid. España. s/f.
- FERNÁNDEZ AREAL, Manuel.** *Introducción al Derecho de la información.* Editorial A.T.E. Barcelona. España. 1977.
- FERNÁNDEZ MIRANDA Y CAMPOAMOR, Alfonso.** *De la libertad de enseñanza al derecho a la educación.* Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid. España. 1988.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos.** *Derecho a la identidad personal.* Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires. República Argentina. 1992.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos.** *Nuevas tendencias en el derecho de las personas.* Universidad de Lima. Perú. 1990.
- FERREIRA RUBIO, Delia Matilde.** *El derecho a la intimidad. Análisis del artículo 1071 bis del Código civil.* Editorial Universidad. Buenos Aires. República Argentina. 1982.
- GAFO, Javier.** *La eutanasia. El derecho a una muerte humana.* Colección Fin de Siglo. Ediciones Temas de Hoy. Madrid. España. 1989.
- GARCÍA ACHO, Ricardo.** *Secreto profesional y libertad de expresión del funcionario.* Tirant lo Blanch. Valencia. España. 1994.
- GARCÍA CASTILLEJO, Ángel I.** *El conflicto de honor-libertad de información en la Constitución española de 1978: la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.* Editorial Gráfica Sol. Ecija. España. 1995.

**GARCÍA LÓPEZ, Rafael.** *Responsabilidad civil por daño moral. Doctrina y jurisprudencia.* José María Bosch Editor, S.A. Barcelona. España. 1990.

**GARCÍA MORILLO, Joaquín.** *El derecho a la libertad personal. Detención, privación y restricción de la libertad.* Editorial Tirant lo Blanch. Universidad de Valencia. España.. 1995.

**GARCÍA-SAN MIGUEL RODRÍGUEZ-ARANGO, Luis.** (editor) *Estudios sobre el derecho a la intimidad.* Universidad de Alcalá de Henares. Editorial Tecnos, S.A. Madrid. España. 1992.

**GARCÍA-SAN MIGUEL RODRÍGUEZ-ARANGO, Luis.** (Coord.) *El libre desarrollo de la personalidad. Artículo 10 de la Constitución.* Fundación para el Análisis y los Estudios Sociales. Universidad de Alcalá de Henares. Servicio de Publicaciones. España. 1995.

**GÓMEZ ORFANEL, Germán** (Coord.) *Derecho del medio ambiente.* Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia e Interior. Madrid. España. 1995.

**GONZÁLEZ GAITANO, Norberto.** *El deber de respeto a la intimidad: información pública y relación social.* Universidad de Navarra. Pamplona. España. España. 1990.

**GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús.** *La degradación del derecho al honor (honor y libertad de información).* Cuadernos Civitas. Editorial Cívitas, S.A. Madrid. España. 1993.

**GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús.** *La dignidad de la persona.* Discurso leído en el acto de investidura como académico de número en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Contestación del Dr. Antonio Hernández Gil. Cuadernos Civitas. Editorial Cívitas, S.A. Madrid. España. 1986.

**GORDILLO CAÑAS, Antonio.** *Trasplantes de órganos: Pietas familiar y solidaridad humana.* Cuadernos Civitas. Editorial Cívitas, S.A. Madrid. España. 1987.

**GOSLABO BONO, R.** *El derecho al medio ambiente a la luz del Derecho comparado y del Derecho de la comunidad Económica Europea.* Jornadas sobre el medio ambiente. Editorial Consejo General del Poder Judicial. Segovia. España. Septiembre-octubre. 1988.

**GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto.** *El patrimonio. El pecuniario y el moral o derechos de la personalidad y Derecho Sucesorio.* Tercera edición. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. 1990.

**HERCE DE LA PRADA, Vicente.** *El derecho a la propia imagen y su incidencia en los medios de comunicación.* José María Bosch Editor. Barcelona. España. 1994.

**HERRERA JARAMILLO**, Francisco. *El derecho a la vida y el aborto*. Universidad de Navarra. Colección Jurídica. Pamplona. España. 1984.

**HERRERO TEJEDOR**, Fernando. *Honor, intimidad y propia imagen*. Prólogo, Manuel Jiménez de Parga. Editorial Cóllex. Madrid. España. 1990.

**HIGUERA GUIMERÁ**, Juan Felipe. *La previsión constitucional de la pena de muerte. Comentario al artículo 15, segundo inciso, de la Constitución Española de 1978*. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. España. 1980.

**HUALDE SÁNCHEZ**, José Javier. (et al.) *Manual de Derecho civil. Introducción y derecho de la persona*. Tomo I. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A. Madrid. España. 1995.

**HÜBNER GALLO**, Jorge Iván. *Panorama de los derechos humanos*. Editorial Universitaria de Buenos Aires. República Argentina. 1977.

**HUMPHRY**, Derek. *El último recurso: cuestiones prácticas sobre autoliberación y suicidio asistido para moribundos*. Traducción de Iris Menéndez. Editorial Tusquets. Barcelona. España. 1992.

**HUMPHRY**, Derek. *El derecho a morir: comprender la eutanasia*. Traducción de María Rosa Buixaderas. Editorial Tusquets. Barcelona. España. 1989.

**IGARTUA ARREGUI**, Fernando. *La apropiación comercial de la imagen y del nombre ajenos*. Editorial Tecnos, S.A. Madrid. España. 1991.

**IGLESIAS CUBRÍA**, Manuel. *Derecho a la intimidad*. Universidad de Oviedo. España. 1970.

*Indemnización por lesiones personales en los países de la C.E.E.* Informe elaborado por David McIntosh y Marjorie Holmes con la colaboración de corresponsales en cada país de la Comunidad Económica Europea. Editorial Cóllex. Madrid. España. 1992.

*Informe de una Consulta Internacional sobre el SIDA y los derechos humanos*, celebrada en Ginebra del 26 al 28 de julio de 1989. Naciones Unidas. Nueva York. 1991.

**JAQUENOD DE ZSÖGÖN**, Silvia. *Iniciación al derecho ambiental*. Editorial Dykinson. Madrid. España. 1996.

**JAQUENOD DE ZSÖGÖN**, Silvia. *El derecho ambiental y sus principios rectores*. Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo. MOPU. Ávila. España. 1989.

**JELLINEK**, G. *Orígenes de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*. Editora Nacional. Madrid. España. 1984.

**KEVORKIAN, Jack.** *La buena muerte: los médicos y la eutanasia.* Traducción de Mireia Carol. Editorial Grijalbo. Barcelona. España. 1993.

*La eutanasia: ¿cómo debe enfocarse?* Centro de Estudios de Ciencias Universales. Barcelona. España. 1995.

**LARENZ, Karl.** *Derecho civil. Derecho de las obligaciones.* Tomo III. Volúmenes 1º y 2º. Madrid. España. 1978.

**LEPP, Ignacio.** *La comunicación de las existencias.* Editorial Lolhé. Buenos Aires. República Argentina. 1964.

**LETE DEL RÍO, José Manuel.** *Derecho de la persona.* Editorial Tecnos, S.A. Madrid. España. 1986.

*Ley del aborto: un informe universitario.* Ricardo de Ángel Yagüez (et al.). Universidad de Deusto. Bilbao. España. 1985.

**LINACERO DE LA FUENTE, María.** *El nombre y los apellidos.* Editorial Tecnos, S.A. Madrid. España. 1992.

**LLAMBÍAS, Jorge J.** *Tratado de Derecho civil. Obligaciones.* Tomo I. Tercera edición. Buenos Aires. República Argentina. 1987.

**LOPERENA ROTA, Demetrio.** *El derecho al medio ambiente adecuado.* Cuadernos Civitas. Editorial Civitas. Madrid. España. 1996.

**LÓPEZ DÍAZ, Elvira.** *El derecho al honor y el derecho a la intimidad: jurisprudencia y doctrina.* Editorial Dykinson. Madrid. España. 1996.

**LÓPEZ ULLOA, Juan Manuel.** *Libertad de informar y derecho a expresarse: la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.* Universidad de Cádiz. Servicio de Publicaciones. Cádiz. España. 1994.

**LORENTE, Fernando.** *Derecho a nacer y a vivir: luz en el camino: ante la Ley del aborto en España.* Editorial Familia Hospitalaria. Tenerife. España. 1995.

**LOZANO, Blanca.** *Libertad de cátedra.* Prólogo de Lorenzo Martín Retortillo. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A. Madrid. España. 1995.

**LUCES GIL, Francisco.** *El nombre civil de las personas naturales en el ordenamiento jurídico español.* Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. España. 1978.

**MACIOCE, Francesco.** *Tutela civil de la persona y la identidad personal.* Editorial Cedam. Pavona. Italia. 1984.

**MADRIDEJO SARASOLA.** *Estudios de Derecho privado.* Editorial Revista de Derecho Privado. Tomo I. Madrid. España. 1969.

**MADRIDEJO SARASOLA.** *Los derechos personalísimos.* Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. España. 1962.

**MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario.** *Instituciones de Derecho civil.* Tomos II y IV. Atributos de la personalidad y Derechos reales. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. 1987 y 1990.

**MALUQUER DE MOTES, Carlos.** *Derecho de la persona y negocio jurídico.* Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. España. 1993.

**MARTÍNEZ ALCUBILLA, Manuel.** *Códigos antiguos de España.* Editorial Administración Arco de Santa María. Madrid. España. 1885.

**MARTÍNEZ ESCOBAR, Manuel.** *La casación en lo civil.* Editoria Cultural. La Habana. Cuba. 1950.

**MARTÍN MATEO, Ramón.** *Tratado de Derecho ambiental.* Volumen I. Editorial Trivium. Madrid. España. 1991.

**MARTÍN MATEO, Ramón.** *Bioética y Derecho.* Editorial Reus, S.A. Madrid. España. 1992.

**MARTÍNEZ ALCUBILLA, Manuel.** *Códigos antiguos de España.* Editorial Administración Arco de Santa María. Madrid. España. 1885.

**MARTÍNEZ CALCERRADA, Luis.** *La responsabilidad civil profesional: de los teleinformáticos, auditores de cuentas, periodistas, arquitectos-peritos, médicos-peritos y de los peritos judiciales en general.* Editorial Cóllex. Madrid. España. 1996.

**MARTÍNEZ PEREDA, José Manuel.** *El transexualismo en el Derecho civil español.* Editorial La Ley. Madrid. España. 1990.

**MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel.** *Libertades públicas.* Fundación Universitaria San Pablo. Valencia. España. 1993.

**MAZEAUD, Henri, León y Jean.** *Lecciones de Derecho civil.* Tomo II. París. Francia. 1956.

**MESSINEO, Francesco.** *Manual de Derecho civil y comercial.* Traducción de S. Sentís Melendo. Editorial Ejea. Buenos Aires. República Argentina. 1954.

**MIGUEL CASTAÑO, Adoración de.** *Derecho a la información frente a la intimidad: su incidencia en el sistema de información estadística.* Instituto Nacional de Estadísticas. Madrid. España. 1983.

**MOLINERO, Cesar.** *Teoría y fuentes del Derecho de la información.* Escuela Superior de Relaciones Públicas. Promociones y Publicaciones Universitarias. PPU. Barcelona. España. 1989.

**MORANGE, Jean.** *Derechos del hombre y libertades públicas.* Universidad de París. Francia. 1985.

**MORENO TRUJILLO, Eulalia.** *La protección jurídico-privada del medio ambiente y la responsabilidad por su deterioro.* Prólogo de Mariano Alonso Pérez. José María Bosch Editor, S.A. Barcelona. España. 1991.

**MOSSET ITURRASPE, Jorge.** *Estudios sobre responsabilidad por daños.* Tomo I. Reimpresión. Rubizal y Culzoni S.C.C. Santa Fé. República Argentina. 1980.

**MOSSET ITURRASPE, Jorge.** *Responsabilidad por daños.* Tomos I y IV. Editorial EDIAR. Buenos Aires. República Argentina. 1981.

**MUÑOZ MACHADO, Santiago.** *Libertad de prensa y procesos por difamación.* Editorial Ariel. Barcelona. España. 1988.

**NOVOA MONREAL, Eduardo.** *Derecho a la vida privada y libertad de información: un conflicto de derechos.* Editorial Siglo XXI Editores. México, D.F. 1979.

**O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier.** *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen.* Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. España. 1991.

**OCHOA OLVERA, Salvador.** *La demanda por daño moral.* México, D.F.

**OSORIO ITURMENDI, Lucas.** *Los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen como límites de la libertad de expresión e información.* XII Jornadas de Estudio. Ministerio de Justicia. Madrid. España. 1992.

**PACHECO ESCOBEDO, Alberto.** *La persona en el Derecho civil mexicano.* Panorama Editorial. México, D.F. 1991.

**PAINE, Thomas.** *Los derechos del hombre.* Fondo de Cultura Económica. México, D.F. 1944.

**PASCUAL ESTEVILL**, Luis. *Derecho de daños: principios generales, responsabilidad contractual, extracontractual y responsabilidad precontractual*. Segunda edición. José María Bosch Editor. Barcelona. España. 1995.

**PÉREZ LUÑO**, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. Quinta edición. Editorial Tecnos, S.A. Madrid. España. 1995.

**PLANIOL**, Marcel y **RIPERT**, George. *Tratado elemental de Derecho civil*. Tomo III. Editora Cultural, S.A. La Habana. Cuba. 1946.

**PLAZA PENADÉS**, Javier. *El derecho al honor y la libertad de expresión: estudio sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional*. Tirant lo Blanch. Valencia. España.. 1996.

**PRIETO SANCHÍS**, Luis. *Estudios sobre derechos fundamentales*. Editorial Debate. Madrid. España. 1990.

**PUIG BRUTAU**, José. *Fundamentos de Derecho civil. Enriquecimiento injusto. Responsabilidad extracontractual. Derecho a la intimidad*. Tomo II. Volumen III.. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. España. 1983.

**PUIG PEÑA**, Federico. *Tratado de Derecho civil español*. Tomo I. Volumen 2º. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. España. 1958.

**RAMÍREZ**, Manuel. *El derecho a la información: teoría y práctica*. Editorial Pórtico. Zaragoza. España. 1995.

**RAMOS CHAPARRO**, Enrique. *La persona y su capacidad civil*. Editorial Tecnos, S.A. Madrid. España. 1995.

**RECASÉNS SICHES**, Luis. *Tratado general de filosofía del Derecho*. Décima edición. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. 1991.

**REVERTE COMA**, Dr. José Manuel. *Las fronteras de la Medicina. Límites éticos, científicos y jurídicos*. Ediciones Díaz de Santos, S.A. Madrid-Barcelona. España. 1983.

**REVERTE COMA**, Dr. José Manuel. *Antropología Médica*. Editorial Ruedas. Madrid. España. 1981.

**REYES MONTERREAL**, José María. *Problemática jurídica de los trasplantes de órganos*. Texto tomado de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Editorial Reus, S.A. Madrid. España. 1969.

**RICO LINAGE**, Raquel. *Constituciones históricas*. Segunda edición. Publicaciones de la Universidad de Sevilla. Manuales Universitarios. Sevilla. España. 1994.

**RIPERT, Georges.** *Tratado de Derecho civil.* Tomo II. Librería General de Derecho y de Jurisprudencia. Madrid. España. 1956.

**ROMEO CASABONA, Carlos María.** *El médico ante el derecho: la responsabilidad penal y civil del médico.* Centro de Publicaciones, Documentación y Biblioteca. Ministerio de Sanidad y Consumo. Madrid. España. 1986.

**ROMEO CASABONA, Carlos María.** *Los trasplantes de órganos. Informe y documentación para la reforma de la legislación española sobre trasplante de órganos.* Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. España. 1978.

**ROMERO COLOMA, Aurelia María.** *Derecho a la información y libertad de expresión. Especial consideración al proceso penal.* Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. España. 1984.

**ROMERO COLOMA, Aurelia María.** *Derecho a la intimidad, a la información y proceso penal.* Editorial Cóllex. Madrid. España. 1987.

**ROMERO COLOMA, Aurelia María.** *Los derechos al honor y a la intimidad frente a la libertad de expresión e información. Problemática procesal.* Editorial Serlipost. Barcelona. España. 1991.

**ROYO JARA, José.** *La protección el derecho a la propia imagen. Actores y personas de notoriedad pública.* Editorial Cóllex. Madrid. España. 1987.

**RUIZ VADILLO, Enrique.** *Libertad de información y derecho al honor.* Consell Insular d'Eivissa y Formentera. Eivissa. España. 1996.

**RUIZ VIEYTEZ, Eduardo Javier.** *El derecho al ambiente como derecho de participación.* Institución Ararteko. Bilbao. España. 1993.

**SAAVEDRA LÓPEZ, Modesto.** *La libertad de expresión en el Estado de Derecho. Entre la utopía y la realidad.* Editorial Ariel. Barcelona. España. 1987.

**SALVADOR CODERCH, Pablo.** *El derecho de la libertad.* Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. España. 1993.

**SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago.** *La libertad de expresión.* Marcial Pons. Madrid. España. 1992.

**SANTOS BRIZ, Jaime.** *Derecho de daños.* Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. España. 1963.

**SANTOS BRIZ**, Jaime. *Derecho civil: teoría y práctica*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. España. 1982.

**SANTOS BRIZ**, Jaime. *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y derecho procesal*. Quinta edición revisada y actualizada. Editorial Montecorvo, S.A. Madrid. España. 1989.

**SARAZÁ JIMENA**, Rafael. *Libertad de expresión e información frente a honor, intimidad y propia imagen*. Editorial Aranzadi, S.A. Pamplona. España. 1995.

**SCHULDER**, Diane. *Aborto: ¿derecho de las mujeres?. Testimonio de mujeres que han sufrido las consecuencias de leyes restrictivas sobre aborto*. Ediciones de la Flor. Buenos Aires. República Argentina. 1973.

**SEBASTIÁN IRAUZO**, Agustín M. *Aspecto ético social del aborto*. Ediciones Culturales. Valencia. España. 1991.

**SERRANO MORENO**, José Luis. *Ecología y derecho: principios de derecho ambiental y ecología jurídica*. Editorial Comares. Granada. España. 1992.

**SORIA**, Carlos. *Derecho a la información y derecho a la honra*. A.T.E. Barcelona. España. 1981.

**SORIANO**, Ramón. *Las libertades públicas. Significado, fundamentos y estatuto jurídico*. Editorial Tecnos, S.A. Madrid. España. 1990.

**SOTO NIETO**, Francisco. *La responsabilidad civil derivada del ilícito culposo. Vinculación solidaria*. Editorial Montecorvo, S.A. Madrid. España. 1982.

**SPOTA**, Alberto G. *Tratado de Derecho civil. Parte general*. Tomo I. Editorial Depalma. Buenos Aires. República Argentina. s/f.

**SUEIRO**, Daniel. *La pena de muerte y los derechos humanos*. Alianza Editorial. Madrid. España. 1987.

**TOCQUEVILLE**, Alexis de. *La democracia en América*. Volumen I. Alianza Editorial. Madrid. España. 1989.

**TOMMASINI**, Rafael. *Il diritto alla identità personale*. Editorial Cedam. Pavona. Italia. 1981.

**TRUYOL Y SERRA**, Antonio. *Los derechos humanos: declaraciones y convenios internacionales*. Tercera edición. Editorial Tecnos, S.A. Madrid. España. 1982.

**VARGA**, Andrew C. *Bioética. Principales problemas*. Editorial Paulinas. Bogotá. Colombia. 1990.

**VASALLI, Giuliano.** *La libertad personal en el sistema de las libertades constitucionales.* Escritos jurídicos en memoria de Pietro Calamandrei. Editorial CEDAM. Padua. Italia. 1958.

**VIDAL MARTÍNEZ, Jaime.** *El derecho a la intimidad en la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo.* Editorial Montecorvo. Madrid. España. 1984.

**VILLAGÓMEZ RODIL, Alfonso.** *Aportación al estudio de la transexualidad.* Editorial Tecnos, S.A. Madrid. España. 1994.

**WARREN, Samuel.** *El derecho a la intimidad.* Cuadernos Cívitas. Editorial Cívitas, S.A. Madrid. España. 1995.

**WILLKE, J.C y esposa.** *Manual sobre el aborto.* Editorial EUNSA. Pamplona. España. 1975.

**YZQUIERDO TOLSADA, Mariano.** *Responsabilidad civil contractual y extracontractual.* Volumen I. Editorial Reus, S.A. Madrid. España. 1993.

**YZQUIERDO TOLSADA, Mariano.** *La responsabilidad civil del profesional liberal.* Editorial Reus, S.A. Madrid. España. 1989.

**ZAFFORE, Jorge.** *La comunicación masiva.* Ediciones Depalma. Buenos Aires. República Argentina. 1990.

**ZANNONI, Eduardo.** *El daño en la responsabilidad civil.* Buenos Aires. República Argentina. 1987.

**ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis.** *Procreación asistida y derechos fundamentales.* Editorial Tecnos, S.A. Madrid. España. 1988.

**ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura.** *Libertad personal y seguridad ciudadana.* PPU. Barcelona. España. 1993.

## **II.- Diccionarios y Enciclopedias.**

*Diccionario de la Lengua Española.* Real Academia Española. Tomo II. Vigésima edición. Madrid. España. 1984

*Diccionario Enciclopédico Quillet.* Tomo V. Editorial Argentina Aristides Quillet, S.A. Buenos Aires. República Argentina. 1968.

*Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico.* Joan Corominas y José A. Pascual. Editorial Gredos. Madrid. España. 1986.

*Enciclopedia Jurídica OMEBA.* Tomo V. Apéndice. Editorial Driskill, S.A. Buenos Aires. República Argentina. 1986.

*Enciclopedia Universal Ilustrada Europea-Americana.* Tomos XXXVI, XXXVII y LXVI. Hijos de Espasa, Editores. Barcelona, s/f y Espasa-Calpe, S.A. Madrid. España. 1958 respectivamente.

*Nueva Enciclopedia Jurídica.* Tomo VII. Editorial Francisco Seix, S.S. Barcelona. España. 1980.

### **III.- Publicaciones periódicas.**

*Actualidad civil.* Revista técnico-jurídica de Derecho privado. Actualidad Editorial. Alcobendas. España. 1988 y 1993.

**ÁNGEL YÁGÜEZ,** Ricardo de. *La protección e la personalidad en el Derecho privado.* Revista de Derecho Notarial. Enero-marzo. Madrid. España. 1974.

**ÁNGEL YÁGÜEZ,** Ricardo de. *Transexualidad y cambio de sexo. Comentario a la STS (Sala 1ª) de 2 de julio de 1987.* La Ley. Año VIII. Número 1819. 1987-4. Madrid. España.

**ANTONIO GONZÁLEZ,** Jesús de. *La interpretación del Tribunal Constitucional en materia de libertad de expresión.* Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Número 80. Anuario. Madrid. España. 1993.

**BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO,** José. *Construcción jurídica de los derechos de la personalidad.* Discurso de ingreso a la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación leído el 29 de marzo de 1976. Madrid. España.

*Boletín de Jurisprudencia Constitucional.* Cortes Generales. Número 75. Madrid. España. Julio de 1987.

**CARNELUTTI,** Francesco. *Natura del diritto del superstiti nella legge degli infortuni.* Revista de Derecho Comercial. 1914-I. Roma. Italia.

**CASTÁN VÁZQUEZ,** José María. *La protección del honor en el Derecho español.* Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Madrid. España. Diciembre de 1957.

**CASTRO Y BRAVO,** Federico de. *Los llamados derechos de la personalidad.* Anuario de Derecho civil. Madrid. España. Septiembre-octubre de 1959.

**CLAVERÍA GOSÁLBEZ**, Luis Humberto. *Reflexiones sobre los derechos de la personalidad a la luz de la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo.* Anuario de Derecho civil. Madrid. España. Octubre-diciembre de 1983.

**CLAVERÍA GOSÁLBEZ**, Luis Humberto. *Libertad de expresión e información y derecho al honor. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 24 de octubre de 1988.* Revista Jurídica Española La Ley. Tomo 1989-1. Madrid. España.

*Diario "El País"*. Sábado 12 de enero de 1980. España.

**ESTRADA ALONSO**, Eduardo. *El derecho a la imagen en la Ley Orgánica número 1/1982 de 5 de mayo.* Revista Actualidad Civil. Tomo 1990-2. Madrid. España.

**FREIXES SANJUÁN**, María Teresa. *Reflexiones sobre la interpretación constitucional del derecho a la libertad personal.* Revista Vasca de Administración Pública. Número 35 de 1993. España.

**GUITRÓN FUENTEVILLA**, Julián. *Derechos humanos subjetivos fundamentales.* Revista de la Facultad de Derecho de México. Edición conmemorativa del cincuentenario de la publicación. Universidad Nacional Autónoma de México. México, D.F. 1991.

**MARTÍN BERNAL**, J.M. *Los derechos de la personalidad en la Constitución española.* Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Madrid. España. Enero de 1979.

**MUÑOZ MACHADO**, Santiago. *Mitos, insuficiencias y excesos de la construcción jurídica de las acciones por difamación.* Revista del Poder Judicial. Número 1. Madrid. España. Mayo de 1986.

**NERSON**, Roger. *La protección de la personalidad en el Derecho privado francés.* Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Madrid. España. Enero de 1961.

**PERREAU**, E.H. *Des droits de la personnalité.* Revista Trimestral de Derecho civil. París. Francia. 1909.

**RODRÍGUEZ CASTRO**, J. *El nombre civil propio de las personas físicas y el Registro Civil.* Actualidad Civil. Tomo 1988-1. Madrid. España.

*Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Volumen. 246. Serie A. Editorial Carl Heymanns. Colonia. 1992.

#### **IV.- Documentos Internacionales.**

*Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, aprobada por la IX Conferencia Internacional Americana. Bogotá. 20 de marzo a 2 de mayo de 1948.

*Declaración Universal de Derechos Humanos*. París. Francia. 10 de diciembre de 1948.

*Convención para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*. Roma. 4 de noviembre de 1950, en vigor a partir del 3 de septiembre de 1953.

*Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Nueva York. 16 de diciembre de 1966.

*Convención Americana sobre Derechos Humanos*, aprobada por la Conferencia de San José de Costa Rica. Vigente a partir del 7 de abril de 1970.

*Declaración sobre protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su sesión de 9 de diciembre de 1975.

#### **V.- Constituciones y Declaraciones de Derechos.**

Textos Constitucionales del Reino Unido. *Carta Magna del Rey Juan* de 1215; *Petición de Derechos* de 2 de junio de 1628; *Habeas Corpus Amendment Act* de 26 de mayo de 1679; *Bill of Rights* de 13 de febrero de 1689; *Act of Settlement* de 12 de junio de 1701; *Parliament Act* de 18 de agosto de 1911; *Estatuto de Westminster* de 11 de diciembre de 1931; y *Parliament Act* de 16 de diciembre de 1949.

*Declaración de Derechos de Virginia* de 1776.

*Constitución de los Estados Unidos de América* de 1787.

*Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789.

Leyes Constitucionales de Suecia. *Ley Constitucional* de 1809 con texto de reformas de 1 de enero de 1975; *Ley de Sucesión del Trono* de 1810; *Ley del Parlamento* de 1810; *Ley Orgánica de Libertad de Prensa* de 1949; y *Ley Fundamental sobre la Libertad de Expresión* de 1995.

*Constitución belga* de 7 de febrero de 1831, modificada el 7 de septiembre de 1893, el 15 de noviembre de 1920, el 7 de febrero, 24 de agosto y 15 de octubre de 1921.

*Constitución francesa* de 4 de noviembre de 1848.

*Constitución de la Nación Argentina*, sancionada el 1 de mayo de 1853, reformada y proclamada vigente el 27 de abril de 1956.

*Constitución del Gran Ducado de Luxemburgo* de 17 de octubre de 1868.

*Constitución de la Monarquía Española* de 30 de junio de 1876.

*Constitución de los Estados Unidos Mexicanos* de 5 de febrero de 1917.

*Constitución Política del Estado de Puebla* de 17 de noviembre de 1982.

*Constitución Política del Estado de San Luis Potosí* de 30 de octubre de 1943.

*Constitución Política del Estado de Durango* de 6 de octubre de 1917.

*Constitución Política del Estado de Yucatán* de 27 de junio de 1938.

*Constitución Política del Estado de Michoacán de Ocampo* de 5 de febrero de 1918.

*Ley Fundamental de Finlandia* de 17 de julio de 1919.

*Constitución de Irlanda* de 29 de diciembre de 1937.

*Constitución del Paraguay* de 10 de julio de 1940.

*Constitución francesa* de 27 de julio de 1946.

*Constitución del Japón* de 3 de noviembre de 1946.

*Constitución de la República Italiana* de 27 de diciembre de 1947.

*Ley Fundamental de Bonn* de 23 de mayo de 1949 con las modificaciones introducidas en el Tratado de Unificación de 31 de agosto de 1990.

*Constitución de Grecia* de 1 de enero de 1952.

*Constitución del Reino de Dinamarca* de 5 de junio de 1953.

*Constitución de la República Popular China* de 17 de enero de 1975.

*Constitución de Grecia* de 11 de junio de 1975.

*Constitución de la República de Cuba* de 24 de febrero de 1976.

*Constitución de la República portuguesa* de 2 de abril de 1976.

*Constitución de la antigua U.R.S.S.* de 7 de octubre de 1977.

*Constitución española* 29 de diciembre de 1978.

## **VII.- Legislación varia.**

*Código civil para el Distrito Federal.* 62ª edición. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. 1993.

*Código civil del Estado de Tlaxcala.* Edición oficial. México, D.F. 1976.

*Código civil del Estado de Quintana Roo.* Edición oficial. México, D.F. 1980.

*Código civil del Estado de Puebla.* Edición oficial. México, D.F. 1985.

*Código civil de la República de Cuba.* Editorial Ciencias Sociales. La Habana. Cuba. 1989.

*Código de Familia de la República de Cuba.* Divulgación del Ministerio de Justicia. La Habana. Cuba. 1990.

*Código penal.* Gaceta Oficial de la República de Cuba. Edición Especial. 30 de diciembre de 1987.

*Ley francesa* número 70-643 de 17 de julio de 1970 *sobre las garantías de los derechos individuales de los ciudadanos.*

*Ley General de Salud.* Actualizada hasta mayo de 1994. Editorial Sista, S.A. de C.V. México, D.F. 1994.

*Ley de Evaluación Leal de la Solvencia* de Estados Unidos en vigor desde abril de 1971.

*Ley de Privacidad* de 1974 de los Estados Unidos.

*Ley alemana de Protección de Datos* de 27 de enero de 1977.

*Ley francesa* número 78-17 de 6 de enero de 1978 *relativa a la informática, los ficheros y las libertades.*

*Ley Orgánica* 1/82 de 5 de mayo *sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.*

*Ley Federal del Derecho de Autor*. Décimoséptima edición. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. 1996.

*Ley del Derecho de Autor*. Gaceta Oficial de la República de Cuba. Edición ordinaria. 30 de diciembre de 1977.

*Resolución N° 157 del Ministro de Justicia. Reglamento de la Ley del Registro del estado civil de 25 de diciembre de 1985*. Ministerio de Justicia. La Habana. Cuba. 1986.

### VIII.- Otras obras.

**CALDERÓN DE LA BARCA**, Pedro. *El Alcalde de Zalamea*. Edición, introducción, notas, comentarios y apéndice, José Enrique Martínez. E.G. Anaya. Madrid. España. 1987.

**MACHADO**, Antonio. *Juan de Mainera*. Editorial Castalia. Madrid. España. 1971.

**MAHOMA**. *El Corán*. Traducción de Joaquín García-Bravo. Casa Editorial Viuda de Luis Tasso. Barcelona. España. s/f.

*On Human Life: Encyclical Letter of Pope Paul VI*. Catholic Truth Society. 1970.

**RASQUÍN**, José A.N. *Manual de latín jurídico*. Ediciones Depalma. Buenos Aires. República Argentina. 1993.

*Santa Biblia*. Con notas, concordancia y mapas. Antigua versión de Casiodoro de Reina (1569). Revisada por Cipriano de Valera (1602). Otras revisiones: 1862, 1909 y 1960. Revisión de 1960. Introducción a cada Libro, variantes textuales, divisiones según los bosquejos, referencias marginales e índice de temas. Editor general, Dr. J. Mervin Breneman. Editorial Caribe. San José. Costa Rica. 1980.

**TOLSTOI**, León. *Anna Karenina*. Traducción de Rosemary Edmuns. Editorial Penguin. Nueva York. 1978.

**ANEXOS**

# **ANEXO I**

## **Eutanasia**

### **Casos Famosos**

#### **1.- La eutanasia-suicidio de Arthur Koestler.**

En la mañana del día 3 de marzo de 1983, la encargada de la limpieza encontró muertos en su departamento de Londres al escritor Arthur Koestler y su esposa Cynthia. El escritor tenía 78 años y padecía hacía tiempo la enfermedad de Parkinson y se le había ya diagnosticado una leucemia irreversible. Escogió para su muerte una de las cuatro recetas que él mismo había descrito en su libro sobre la muerte escogida: una mezcla de barbitúricos con la bebida preferida, el jerez.

Todo fue organizado con escalofriante certeza; dejaron todo en su sitio y sus papeles en orden, sacrificaron dos días antes al perro de la casa, e incluso avisaron al lechero que no dejase su mercancía esa mañana. Fue siempre un ardoroso defensor de la eutanasia. Judío de origen, fue un comunista convencido, opuesto al régimen de Stalin, corresponsal de guerra en la Guerra Civil española, en la que estuvo condenado a muerte por espionaje, pero canjeado a última hora, frente al pelotón de fusilamiento, por la esposa del capitán Haya. Fue combatiente del lado británico en la Segunda Guerra Mundial, hombre romántico y apasionado, casado tres veces, y activo luchador contra la pena de muerte.

Pertenecía a la sociedad británica en favor de la eutanasia, y había escrito de sí mismo: "Soy un humanista del futuro, un hombre al que le ha tocado ver la caída del *Homo sapiens*. El problema del mundo de hoy es que faltan estructuras para contener el progreso

científico. No valen los viejos esquemas.” Escribió un manual para enseñar las técnicas el suicidio perfecto.

## **2.- Eutanasia por inanición.**

En 1974 un médico suizo, Urs Peter Haemmèrli, fue procesado y suspendido de su puesto en una clínica médica de Zurich acusado de haber aplicado la eutanasia en un número de enfermos terminales. Este médico trabajaba en una clínica de ciento treinta camas, ocupadas en su mayoría por enfermos crónicos, la mitad de los cuales tenía más de 78 años. Cuando se consideraba que la situación era irreversible, el tratamiento médico se limitaba a proporcionarle una alimentación artificial a través de una sonda, y ante la falta de perspectiva de mejoría, se planteaba el problema ético de interrumpir la alimentación y suministrarles una dieta especial llamada *hydration*, carente de calorías, compuesta de una solución de agua con sal.

En marzo de 1988 la revista *Newsweek* dedicó su portada al tema del derecho a morir, acompañada de la imagen de una joven, Ingrid Frank, ingiriendo a través de una paja una solución de cianuro. Dos años antes, esta joven alemana había sufrido un accidente de automóvil que la dejó tetraplégica, necesitando ayuda para la mayoría de sus funciones. En septiembre de 1987, Ingrid decidió quitarse la vida sola para evitar que nadie fuera acusado de haberla matado. El único testigo era una cámara de vídeo. Las imágenes de la eutanasia son impresionantes. La joven inclina la cabeza con dificultad, toma la paja con su boca mirando directamente a la cámara de vídeo, y bebe la dosis letal de cianuro.

## **3.- Crímenes por “caridad”.**

En enero de 1988 se inició proceso en la ciudad alemana de Wuppertal contra la enfermera Michaela Roeder, de 30 años, acusada de haber provocado la muerte a 17 pacientes. Suministraba una solución de cloruro de potasio y clonidina a pacientes que según

su criterio no tenía expectativas de mejora. El hecho grave es el haber administrado su tratamiento letal sin consentimiento de sus pacientes.

Pocas semanas después saltaba a la prensa el brutal escándalo del hospital Lainz de Viena, en que se detuvieron a cuatro auxiliares de enfermería, que como auténtico "escuadrón de la muerte" daba muerte tanto a enfermos que para ellas no tenían esperanza de vida, como también a los que resultaban simplemente molestos. Los métodos que emplearon eran sobredosis de insulina mezclada con somníferos, pero en algunos casos llegaron a ahogarlos sumergiéndolos en el agua.

#### **4.- Caso Sampedro.**

Como consecuencia de un accidente ocurrido el 23 de agosto de 1968, el Sr. Ramón Sampedro Gamean, español de 25 años, se partió el cuello a la altura de la séptima vértebra cervical. Ello produjo instantáneamente y de forma irreversible lo que en términos médicos se denomina «paraplejía y tetraplejía postraumática o síndrome de sección medular». La mencionada lesión tiene como consecuencia la inmovilización absoluta y permanente de todo el cuerpo, excepto la extremidad superior: la cabeza.

Esta persona permanece desde esa fecha inmóvil en cama sin solución de continuidad y con una sonda conectada a su cuerpo para realizar sus necesidades fisiológicas, y bajo permanentes medicaciones de antibióticos, laxantes, antisépticos. Dado que, desgraciadamente, la lesión no afecta su capacidad de pensamiento, raciocinio ni lucidez, es absolutamente consciente de su tragedia, y esa misma consciencia le permite, sin ningún género de duda ni vacilaciones, y luego de muchos años de constante reflexión, a reafirmar su decisión de morir dignamente, y que se autorice a su médico de cabecera a que le suministre los medicamentos necesarios para evitar el dolor, la angustia, la ansiedad que el estado en que se encuentra le producen, y se le respete su derecho a no ingerir alimento de ninguna clase por cualquier medio natural o artificial.

Constantemente se le ha negado a esta persona esta solicitud por parte de los tribunales españoles, alegando diversas razones. La primera de ellas, la ausencia de normativa legal a este respecto, en oposición a la prohibición legal expresa que alcanza a quienes auxilien o colaboren en el suicidio ajeno. En segundo lugar la inviabilidad constitucional de la petición de fondo. El derecho a la vida, estiman los jueces mediante sus sentencias, implica el deber de adoptar las medidas necesarias para protegerla frente a los ataques de terceros, sin contar para ello con la voluntad de sus titulares e incluso cuando ni siquiera quepa hablar, en rigor, de titulares de ese derecho. No existe pues, el derecho a la muerte entendido como posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga a la voluntad de morir.

Y en tercer lugar se refieren razones de índole procesal, relacionadas con la jurisdicción y la competencia de los tribunales invocados.

**TESTAMENTOS**

**VITALES**

## **ANEXO II**

### **Daño moral**

#### **Valoración de los daños**

Datos obtenidos de un estudio realizados por los países de la hoy Unión Europea, con vista a unificar criterios para la determinación y cuantificación de los daños producidos a la persona en su cuerpo, incluidos el daño moral.

*Indemnización por lesiones personales en los países de la C.E.E.* Informe elaborado por David McIntosh y Marjorie Holmes. Editorial Cóllex. Madrid. 1992.

#### **Italia.**

Dott. A. Giorgetti, Via Fontana 28, 20121 Milán, Italy.

#### **Ejemplo A<sup>1</sup>**

Reclamante: Hombre.

Edad: 40 años.

Estado: Casado, dos hijos a su cargo de 5 y 7 años.

Profesión: Médico.

Ingresos: 4.800.000 Ptas. al año. (equivalen a

Juicio: Dos años y medio después del accidente.

Supuesto: Muerte en el acto.

**(a) Daños físicos** **16.000.000 Ptas.**

**(b) Compensación por las pérdidas de ingresos**  
(esposa e hijos) 75%. Se aplica el factor de  
capitalización de 16'318 sobre 3.600.000 Ptas. **58.74.800 Ptas.**

#### *Menos*

Diferencia entre media de vida  
estimada y vida laboral 20%

**46.995.840 Ptas.**

---

<sup>1</sup>En esta etapa la peseta oscilaba al tipo de cambio en 123x1 aproximadamente.

**Además**

**Compensación por devaluación de  
la moneda: 2,5 años = 15%**

**7.049.376 Ptas.**

**54.045.216 Ptas.**

**Además**

**Intereses sobre el principal incrementado  
por la revalorización:  
2,5 años x 5% = 12,5%**

**6.755.652 Ptas.**

**60.800.868 Ptas. 60.800.868 Ptas.**

**(c) Daños morales:**

**Para la esposa:**

**8.000.000 Ptas.**

**Para un hijo:**

**4.000.000 Ptas.**

**Para el otro hijo:**

**4.000.000 Ptas.**

**16.000.000 Ptas. 16.000.000 Ptas.**

**Total de indemnización:**

**92.800.868 Ptas.**

## **ANEXO III**

### **Aborto**

#### **Etapas básicas en la reproducción humana**

Información tomada del libro: *Procreación asistida y derechos fundamentales*. Luis Zarraluqui Sánchez-Ezarrriaga. Editorial Tecnos, S.A. Madrid. 1988.

##### **1ª Etapa. Gametos-Fecundación-Cigoto.**

a) Antes de la fusión de los gametos: en cierto momento el ovocito resulta hábil para responder a la señal hormonal, y surge la hormona luteinizante (LH) y se completa la primera división meiótica. Esta división reduce de 46 a 23 los cromosomas, conservando una copia de cada gen de dos existentes previamente, garantizando que cada ovocito sea único genéticamente de las restantes células del cuerpo y de cualquier otro ovocito.

b) La fecundación es el momento de la singamia o agrupación de los materiales genéticos procedentes del óvulo —ovocito ya maduro— y del espermatozoide, que ocurre entre 8 y 10 días del acto sexual. En esta fase se restaura el número de cromosomas en 46, al combinarse el conjunto único de genes del ovocito con el conjunto único de genes del espermatozoide.

c) Al final de este proceso surge el cigoto. Pero la fecundación humana puede no dar como resultado un embrión humano, sino un tumor, y en todo caso no se produce un individuo, sino una masa celular que finalmente se divide en dos componentes principales: el embrioblasto y el trofoblasto; el primero se convierte en el feto y el segundo en membranas extraembrionarias.

## **2ª Etapa: Cigoto-Mórula-Blastocito-Anidación.**

Tras la fecundación el huevo fecundado inicia su camino hacia el útero, a la vez que se va dividiendo alcanzándolo a los 3 o cuatro días en un estado de mórula de 16 ó 32 células, permaneciendo libre dentro del útero por 3 ó 4 días más. Es decir, a la semana de haber ocurrido la fecundación es cuando el embrión, ya en estado de blastocito, comienza a fijarse a las paredes del útero, tardando otra semana más para concluir la fijación o anidación.

**Esta etapa pre-embionaria sugiere varias reflexiones:**

**a)** Al principio de esta fase, el cigoto es genéticamente único, pero su desarrollo continua siendo controlado por el programa genético de la madre. Posteriormente se expresan los genes propios del pre-embrión, pero las células no están destinadas a ningún propósito en particular.

**b)** El cigoto no ofrece ningún indicio en esta etapa de poseer su propio ácido ribonucleico (ARN), ni posee su propio lenguaje capaz de transmitir información hereditaria a las células, aunque sí su propio ácido desoxirribonucleico (ADN).

**c)** Es la etapa en que los cigotos tienen la posibilidad de formar mellizos.

**d)** Se considera pues, que durante este período el producto de la fecundación humana carece de unidad y unicidad, o sea, las propiedades de ser único. Un 50% de los huevos fecundados abortan antes de la anidación, dato que indica la precariedad en que se desenvuelve el embrión en las etapas anteriores a la anidación.

A los 18 días después de la fecundación el embrión es de aproximadamente medio milímetro.

### **3ª Etapa: Anidación-Feto.**

Después de la anidación está ya establecida la individualización del nuevo ser, pero, indiscutiblemente, continúa el proceso regulado de crecimiento y diferenciación resultante de la interacción núcleo-citoplásmica del ambiente celular interno y del medio externo. El desarrollo constituye una secuencia programada de cambios fenotípicos controlados espacial y temporalmente en el ciclo vital del organismo.

El fruto de la fecundación va convirtiéndose en hombre poco a poco:

**a)** Terminada la implantación, el pre-embrión se convierte en embrión con su propia individualidad y ARN.

**b)** Hasta los 18 días no existe diferenciación en tejidos y órganos, y al final de este estadio, el embrión inicia la organogénesis en la que los distintos grupos de células comienzan la formación de aquellos.

**c)** En la 4ª semana el embrión es visible al microscopio: tiene más o menos 2 milímetros. Aparece el inicio del corazón, la cabeza, del intestino, y comienza a crecer a razón de unos 6 milímetros a la semana.

**d)** Al final de la 6ª semana comienzan a distinguirse un esbozo de lo que serán los ojos, las fosas nasales, y más tarde las manos y los pies, mide 30 milímetros y comienza a llamarse feto. En esta fase —43 a 45 días después de la fecundación— comienza la actividad eléctrica cerebral.

**e)** A las 12 semanas, formados ya los genitales externos y los huesos del cráneo, se completa la diferenciación sexual. [Hasta este momento no debe recriminarse bajo ningún concepto el aborto que se realiza sin motivo aparente, pues el feto depende aun de la madre para su subsistencia, sin que ni siquiera pueda garantizarse su vida en condiciones artificiales idóneas, a pesar de los modernos avances de la ciencia médica.]

**f) A las 22 semanas existe ya el sistema nervioso. Este es el límite temporal para la realización de un aborto eugenésico o preventivo.**

**g) Al 6º mes los sentidos están desarrollados, se escuchan los latidos del corazón, aunque otros organismos, especialmente los pulmones, no se encuentran maduros.**

**h) Al 7º mes los órganos maduran y al 8º hay más grasa subcutánea, los testículos descienden y los pulmones están ya maduros.**

**y) Al 9º mes se produce el parto y tras la sección del cordón umbilical, el nacimiento del niño.**

**Aunque el momento en que el feto tiene viabilidad autonómica, es decir, la capacidad física de vivir por sí mismo fuera del vientre materno, no ha podido determinarse con exactitud, nunca será anterior a las doce semanas, a pesar de que con los modernos avances de la ciencia han permitido conservar la vida a fetos nacidos a las 22 semanas, límite máximo que ha sido posible lograr.**

**ANEXO IV**

**PENA DE MUERTE**

## **ANEXO V**

# **TRANSEXUALISMO**

Sentencia de 2 de julio de 1987 de la Sala Primera del Tribunal Supremo español.

Tomada del libro de Villagómez Rodil, Alfonso. *Aportación al estudio de la transexualidad*. Editorial Tecnos, S.A. Madrid. España. 1994.

**ANEXO VI**

**ANTECEDENTES DEL  
RECONOCIMIENTO DEL  
DERECHO A UN MEDIO  
AMBIENTE ADECUADO**