

Una aproximación tópica a los derechos de la personalidad (*)

JOSE JAVIER LOPEZ JACOISTE

Catedrático de Derecho civil

SUMARIO: 1. Los derechos de la personalidad en el contexto del Derecho civil de daños.—2. Creciente ímpetu de su implantación.—3. Caracterización de los derechos de la personalidad.—4. Protegen la subjetividad como tal y responden a razón unitaria.—5. La persona, un todo subsistente; los aspectos de su protección, parciales y contingentes.—6. Tesis usuales acerca de los derechos de la personalidad.—7. Expresan y actualizan la posición jurídica de la persona.—8. Se implantan por áreas de la posición jurídica de la persona.—9. En su despliegue, asumen proyección tópica.—10. Instan a pensar por problemas.—11. Suscitan ponderaciones de carácter argumental.—12. Intensifican las consecuencias de la responsabilidad civil.—13. Expanden el campo de los daños civiles atípicos.—14. Dan razón localizada de principios generales del Derecho.—15. Plasman como derechos fundamentales.—16. Invisten con prerrogativas de orden público.

1. LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD EN EL CONTEXTO DEL DERECHO CIVIL DE DAÑOS

Constituye este ensayo una aproximación a los derechos de la personalidad, especialmente en cuanto susceptibles de lesión injusta. De este modo el punto de vista adoptado es el propio del Derecho civil de daños. La responsabilidad civil se nos presenta hoy como un gran tema, cargado de dimensión social e informado por el anhelo humano de seguridad. Su expansión actual se sustenta en dos circunstancias de gran significación, la técnica moderna y el relieve e importancia de

(*) El contenido sustancial de este trabajo fue expuesto por el autor bajo el título *Eine topische Annäherung zu den Persönlichkeitsrechten*, en el Curso Internacional celebrado en Hohewand (Viena), durante el verano de 1984. Al publicarlo ahora, debo reiterar mi gratitud por las múltiples atenciones que allí se me prodigaron.

los derechos de la personalidad. El hecho tecnológico ha conferido una dimensión activa a las cosas, de modo que no siempre cabe al hombre dominar cumplidamente su empleo y posesión. Por otra parte, la protección de valores morales y de los niveles de dignidad inherentes a la persona ha atraído al campo de la responsabilidad añadidas vulneraciones del respeto que le es debido e insólitas modalidades de intromisión ilegítima. Estas últimas se presentan por lo común en estrecha relación con el manejo de instrumentos de redoblada precisión y eficacia, de suerte que uno y otro aspectos se encuentran estrechamente relacionados y ambos redundan en el auge actual de las demandas de resarcimiento.

Los derechos de la personalidad no se regulan explícitamente en el Código civil, pero los «actos relativos» a ellos vienen asumidos en su régimen de modo terminante, pues el artículo 162 faculta para su ejercicio incluso a los menores no emancipados de acuerdo con las leyes y sus condiciones de madurez. De esta forma se ha querido subrayar la radicación de la materia en el campo civil, radicación largamente expresada por la doctrina y sancionada por la jurisprudencia. Contiene, en efecto, ese precepto una fórmula abierta y omnicomprensiva. No se especifican variedades concretas de tales derechos al entender que todas ellas, en sus manifestaciones actuales o futuras, lo mismo si se encuentran legalmente reguladas como si no, al dar razón de su ser y de sus más esenciales virtualidades asisten y corresponden a la persona. Y ello en los términos más amplios de ejercicio y efectividad que cabe establecer.

Lejos de ofrecerse encasillada en un molde clauso, la categoría se acoge con el esencial dinamismo que le es propio. Porque la persona, al par que mantiene incólume su identidad, se trasciende de continuo a sí misma y se está haciendo siempre. De modo que el reconocimiento jurídico de su condición requiere formulaciones abiertas, aptas para la flexible adecuación hacia áreas de la personalidad progresivamente proclives a sufrir ataques cada vez más refinados y sutiles; e, igualmente, al hacerse necesario reafirmar su respeto y sus prerrogativas en contextos de nuevo planteamiento o frente a contingencias antes insospechadas. Lo cual condiciona un Derecho de daños que precisa ser elástico, a fin de proveer a hipótesis atípicas y eventos sobremanera proteicos, novedosos.

Este operar en apertura de los derechos de la personalidad viene además impulsado por el injerto en su misma raíz de los llamados derechos fundamentales. Ya que éstos en muchas de sus manifestaciones se superponen e identifican con los primeros, operan en coincidente sentido al par que añaden concisión formal, invocabilidad difusiva y, sobre todo, cauces nuevos de ejercicio y de defensa. Hace ya bastantes años se subrayaba la amplitud alcanzada por las reclamaciones indemnizatorias por razón de daños inmateriales y ataques al derecho de la personalidad (1). Esa amplitud prosigue hoy en au-

(1) EKKERHARD KAUFMANN: *Dogmatische und rechtspolitische Grundlagen des § 253 BGB*, «Archiv für die Civilistische Praxis», 1963, pp. 420-439.

mento. Así lo atestigua la proliferación de controversias en vía civil entre particulares en torno a derechos fundamentales y en defensa de la dignidad personal en todo el mundo occidental (2). En consecuencia, las construcciones doctrinales de los derechos fundamentales, al unísono con los derechos de la personalidad, se encuentran urgidas a explicaciones aptas para satisfacer perspectivas movibles y múltiples (3).

Pero el aumento no es sólo en número de reclamaciones, sino en las cuantías recabadas en concepto de responsabilidades civiles. El fenómeno se manifiesta entre nosotros en frecuentes sentencias que incluso en primera instancia obtienen eco y resonancia de calidad noticiable. Suelen estar en litigio muy elevadas sumas por atentados al honor, la intimidad, la imagen o la conceptualización de profesionales, artistas o, en general, de personas con un perfil humano definido mediante una notoriedad social previa. La ocasión encuéntrase a veces en los medios de comunicación social e información. Eventualmente puede intervenir un sensacionalismo sobre el que pende la suspicacia de asentar lucros, en cuyo planteamiento las indemnizaciones cumplen desde luego cometido de resarcimiento, pero también, en parte, de ejemplaridad disuasoria de cara al futuro, de suerte que a la función de garantía inherente a la responsabilidad civil se agrega la función preventiva que asimismo le es propia conforme a la mejor doctrina (4). De esta suerte, la natural expansión y el dinamismo abierto que caracteriza a los derechos de la personalidad se reviste de una fundamentalidad que la hace más operante, socialmente más presente, jurídicamente más propicia a la interpretación extensiva y a la diversidad de respuestas.

Se acentúa así el cometido social de los derechos de la personalidad y su aptitud para proporcionar nuevos campos a la responsabilidad civil. Esta se hace presente y opera en las cuestiones y en las parcelas hacia las cuales se ha desenvuelto la esfera de la personalidad en su progresiva y continua afirmación. Y no sólo se hace presente *a posteriori*, sino sobre todo *a priori*. Pues los procesos reclamatorios por daños civiles han proporcionado hasta ahora la ocasión más propicia para reconocer y definir derechos de la personalidad. Al dar lugar al resarcimiento en un tema acaso nuevo, al conceder una indemnización en una hipótesis quizá inusual, se está delatando en definitiva la proyección hasta ese mismo punto del área protegida de la persona. El matiz de una prerrogativa, al ser discutido como tema litigioso, conduce a una afirmación o una negación, y por ese camino se han obtenido por lo común las declaraciones jurisprudenciales más

(2) Vid. ZANGHI: *La protection des Droits de l'Homme dans les rapports entre personnes privées*, «René Cassin, amicorum discipularumque liber», París, 1971, III, pp. 275 y ss.

(3) Vid. E. W. BÖCKENFÖRDE: *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation*, «Neue Juristische Wochenschrift», 1974, pp. 1.529-1.38.

(4) Cfr. H. STOLL: *Consequences of Liability: Remedies*, «International Encyclopedia of Comparative Law», t. XI, *Torts*, cap. 8, Tubingue-La Haye-Boston-London, 1983, pp. 122 a 125.

relevantes y de mayor ejemplaridad en la materia. Este es el valor de los hechos, el sacar a la luz las ideas latentes, hacerlas explícitas y llevarlas a su desenvolvimiento.

De esta forma, el despliegue tópico de los derechos de la personalidad se acusa en la responsabilidad civil. Asume esta apertura; rehúye subsumir en unidad hermética la variedad de planteamientos. Prima, en cambio, en sus métodos una creciente sensibilidad dirigida a considerar la singular radicación del agravio. Porque los daños ostentan sentido propio según la faceta en donde, y por qué medio, lesionen. De antiguo se apresta el jurista a captar estas distinciones. Con razón se ha subrayado la conveniencia de establecer distintos conjuntos de preguntas, con arreglo al respectivo contexto, como medio para la pertinente mensura e identificación del *periculum* concreto de que se trate (5). Pero hoy día esa tendencia se torna aún más exigente y rigurosa. La deducción abstractamente encerrada en premisas recibe denuncia de esterilidad y se subraya la necesidad de sustentarla en complementarios fundamentos de apoyo, los cuales han de estar en consonancia con el específico «campo argumental» sobre el que se debata (6). La especialización instrumental y técnica determina puntualizaciones que propenden a agrupar y dibujar áreas de riesgos, de materias, de actividades. Las distintas especies contractuales de seguros son evidente consecuencia de ello. Trátase de áreas abiertas y variadas, e informadas por la peculiaridad ofrecida por los diferentes ramos de daños y de líneas de proceder socialmente consolidadas o en vías de progresiva consolidación, por lo que exceden de cualquier posible encasillamiento en patrones cerrados y típicos.

Quizá sea esta última razón la causa por la cual se registra un notable desplazamiento de la vía penal en favor de las reclamaciones civiles. Los Códigos penales sustentan la defensa de los derechos de la personalidad en previsiones ceñidas a supuestos graves y del todo acuñados. Y dada la función a que obedecen no podía ser de otra forma. En cambio, la «atipicidad» que impera en orden al resarcimiento civil acoge toda hipótesis consumada de lesión injusta, por muy insólita e inverosímil que previamente hubiera podido resultar. De ese modo la responsabilidad civil por su propia estructura se adecúa a la flexibilidad tópica de casos y de contingencias a través de los cuales la esfera de la personalidad revela su presencia expansiva y vivaz.

En fin, probablemente puede influir en el mismo sentido el importante dato de versar la reclamación civil de modo directo sobre una suma dineraria. Pues con ello entran a jugar las posibilidades del principio de liquidez. Redundan éstas en una adaptabilidad a los pormenores y particularismos del evento lesivo, así como a las representaciones obrantes en la mente de quien sufrió la intromisión. Es el

(5) GEOFFREY McCORMACK: *Periculum*, «Zeitschrift der Savigny-Stiftung, Romanistische Abteilung», 1979, p. 130.

(6) GR. TOULMIN: *The uses of Argument* (Cambridge, 1958), 14, donde, significativamente, hace notar: «It will be to introduce a technical term: let us accordingly talk of a *field of arguments*».

«pensar en dinero», tan generalizado en la vida contemporánea (7). Sabido es que los atributos de la personalidad no guardan homogeneidad con las estimaciones pecuniarias ni son susceptibles de tasación económica. Pero sí caben las apreciaciones prudentiales de las que se sirve la jurisprudencia para las cuantificaciones de los daños inferidos a la esfera moral de la persona; y es indudable que, una vez admitidas esas valoraciones, a través de ellas es posible reflejar agravaciones o atenuaciones de responsabilidades, contrastar factores intervinientes, recalcar circunstancias especialmente lesivas. Pues a la explicación pormenorizada del hecho dañoso, seguida de la correspondiente ponderación jurídica, habrá de corresponder, según los casos, la congruente acumulación o reducción de la correspondiente partida indemnizatoria. La justicia —se ha dicho con acierto— necesita muy comúnmente expresarse o traslucirse, unas veces de forma velada o tácita y otras más abiertamente, mediante apreciaciones o reposiciones en dinero (8). Las evaluaciones de daños buscan de alguna manera dar razón, evidenciar y hacer contar a cuantas particularidades entraron a componer la lesión inferida al ámbito personal ajeno. De ahí que las demandas civiles obtengan señalado predomnio actual. Es sorprendente y aun paradójico que la aventura del ser, del afirmarse como persona, propenda a expresarse y recabar mensuras pecuniarias, pero quizá ello se deba a que el dinero en las sociedades contemporáneas ha venido a ser a estos efectos la unidad convencional de cuenta; unidad abstracta, como un lenguaje, generalizable frente a todos.

Tan amplio despliegue de intereses y cuestiones incita a orientar la reflexión sobre toda esta materia en función de la Tópica. Porque la Tópica responde a una metodología esencialmente abierta, muy en consonancia con el enfoque requerido por la temática que nos ocupa. Frente al *mos geometricus* y a la deducción cerradamente axiomática, se vale de argumentos a los que contrasta y mediante la inducción mantiene en estrecho enlace con los problemas. Los *topoi*, hace notar Viehweg (9), no son cauces lógicos derivados de una premisa general y abstracta, sino recursos dialécticos, puntos de vista que gozan de aceptación y parecen conducir a la verdad; su invocación se refiere preferentemente al área de cuestiones conexas con las *sedes materiae* de que se trate. A juicio de Juan Bautista Vico, artífice de la renovación de esta doctrina en el siglo XVIII, el llamado método nuevo, fruto del cartesianismo, produce pérdida de penetración, marchitamiento de la fantasía, pobreza de lenguaje e inmadurez de juicio; todo lo cual lo evita el viejo método aristotélico, y especialmente su pieza medular, la Tópica. La razón —advierte— no ha precedido a la acción histórica

(7) Vid. VALLET DE GOYTISOLO: *Derecho y sociedad de masas*, Madrid, 1969, p. 47.

(8) DAUBE: *Money and Justiciability*, «Zeitschrift Savigny», *Rechtsgeschichte*, 1979, pp. 15 y 15.

(9) WIEHWEG: *Tópica y Jurisprudencia* (trad. de Díez-Picazo), Madrid, 1964, pp. 74 y 121.

del hombre, sino que emana de ella, por lo que el adecuado juicio sobre las cuestiones debe encontrarse por el camino de la prudencia, en la «conciencia de lo cierto que se ha alcanzado y se posee» (10). Como es sabido, la concepción tópica ha obtenido amplio acogimiento. Sin embargo, no han faltado objeciones a la obra de Viehweg, orientadas principalmente a hacer notar que el orden jurídico necesita proceder sistemáticamente, sin poder renunciar a puntos de vista generales (11). Pero esta observación que quizá quepa hacer a ciertas concepciones tópicas circunscritas a un operar sobre catálogos prefijados de apotegmas específicos, no es aplicable a la Tópica viquiana (12). Pues ésta no se opone a la sistemática jurídica como tal, sino a la sistemática cerrada, de suerte que en modo alguno abdica de visiones omnicomprendivas; lo que sucede es que las busca a través de vivaz apertura argumental y no por vía de cerrada deducción; pone en juego principios mediante los cuales da razón de lo particular, y por ese camino llega a síntesis fecundas dotadas de valor general (13). Ofrece así manifiesta congruencia metódica con el trance actual de los derechos de la personalidad, trance que estriba precisamente en pormenorizar aplicaciones cada vez más afinadas pero siempre en coherente consonancia con el sentido de lo general que dimana de la esencial igualdad de las personas.

2. CRECIENTE IMPETU DE SU IMPLANTACION

Los derechos de la personalidad son expresión jurídica de proyecciones intrínsecamente humanas. Con razón se ha dicho que se trata de 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, relativos 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 (14).

Es usual incluir en tal categoría el derecho a la vida e integridad física con todas sus derivaciones; la plenitud moral con sus componentes de creencias, honor e intimidad de la vida privada; el secreto de las comunicaciones y de la actividad profesional, y el respeto a la propia imagen; la identificación, con el derecho al nombre, los demás

(10) VICO: *Scienza Nuova* (ed. a cargo de F. Flora), 1957, II, pp. 57 a 125.

(11) LARENZ: *Metodología de la Ciencia del Derecho* (trad. de Rodríguez Molinero), 1980, pp. 155 y 156; FRIEDRICH MÜLLER: *Juristische Methodik und politisches System*, 1976, I, pp. 72 y ss.

(12) Vid. VALLET DE GOYTISOLO: *La Jurisprudencia y su relación con la Tópica en la concepción de Giambattista Vico*, «Estudios sobre fuentes del Derecho y Método Jurídico», Madrid, 1982, pp. 870 y ss.

(13) WIEACKER: *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (2.ª ed., 1964), p. 596; ESSER: *Vorverständnis und Methodenwahl in Rechtsfindung*, Frankfurt, 1970, pp. 17 y ss.

(14) BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO: *Construcción jurídica de los derechos de la personalidad*, Madrid, 1976, p. 22.

apelativos individualizadores e incluso el pseudónimo; la libertad personal, así como sus diversas manifestaciones y aplicaciones concretas. Pero sin que esas ni otras similares enunciaciones agoten nunca la posible gama, la cual se encuentra necesariamente abierta a las sucesivas explicitudes que la dignidad de la persona requiera como propias en razón de cambiantes circunstancias o de nuevos condicionamientos históricos.

Los juristas y teólogos españoles del siglo XVI se refirieron frecuentemente a estos derechos que conciernen a la persona como componentes de su mismo ser, *in bonis corporis*, en los que abarcaron incluso estados de ánimo como la tranquilidad y el sosiego (15). Ya antes Las Partidas habían acumulado formulaciones defensivas de la honra personal (16). Posteriormente, en el Occidente europeo han sido materia de permanente atención, sobre todo al contrastar nuevas aplicaciones de la antigua figura de la *actio iniuriarum*. Pero ha sido a lo largo de lo que va de siglo cuando la doctrina y la jurisprudencia civil han elaborado más cumplidas construcciones acerca de la naturaleza, caracteres y rasgos configuradores de los derechos de la personalidad. Ultimamente, el impacto de la técnica moderna con su capacidad de intromisión en la esfera ajena ha hecho todavía más acuciante su vigencia efectiva. Por otra parte, una viva conciencia social confiere hoy al reconocimiento y respeto a la persona un ímpetu histórico inusitado e hipersensible.

La implantación de la temática viene, además, sustentada en las modernas Constituciones. El contenido de éstas suele orientarse, de una parte, a configurar la estructura del Estado y sus órganos, deslindar sus poderes y competencias, y, de otra, a esbozar las libertades públicas y garantizar los derechos fundamentales. Estos últimos en calidad de formulaciones acerca de la inmunidad e integridad de la dignidad personal. No había sido en efecto apreciación banal considerar a los derechos de la personalidad como razón conformadora de una vida colectiva armónica e informada por el Derecho. La virtud constituyente de que son portadores habría obtenido reconocimiento en la vertiente pública por primera vez, como apuntó Jellinek, a través de las Declaraciones de derechos incluidas en los textos constitucionales de los primitivos Estados norteamericanos que luego se reunirían para formar la Unión (17). Esos *Bills of Rights* establecían enumeraciones de garantías de la persona frente a posibles extralimitaciones del gobernante. Su presencia se dejó notar luego en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de 1776, y más tarde en la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Frecuentemente, este fenómeno ha sido enmarcado en la profunda sacudida coetánea a la Revolución Francesa. Pero, con razón, afirmase ahora la conveniencia de un enfoque más amplio

(15) SOTO: *De justitia*, IV, 3, 3; MOLINA: *De justitia et jure*, 31.

(16) Partida 7.^a, título 9.

(17) *Vid.* GREGORIO ROBLES: *Epistemología y Derecho*, Madrid, 1982, pp. 222 y ss.

dirigido a señalar el influjo de los llamados «grandes principios» en ámbitos y tiempos que abarcan desde la revolución americana hasta el advenimiento del industrialismo. Por ello háblase hoy de la que ha venido en considerarse como revolución occidental o atlántica (18). Efectivamente, al menos la filosofía jurídica subyacente de este impulso no puede decirse que fuera de raíz propiamente francesa. Atrás quedaban las sutiles polémicas cargadas de matiz interpretativo acerca del llamado Derecho común entre Bacon y Coke, con ocasión del examen crítico del gobierno absoluto de Jacobo I, de elevada calidad argumental (19). Pero con mayor proximidad temporal e incitación social operaba la afirmación del Derecho natural de los pueblos al autogobierno, y el de las personas a impedir injerencias del Estado en su vida particular y propia, imperantes en los Estados norteamericanos.

Paralelamente, durante la etapa codificadora, algunos Códigos, como el austriaco de 1811 y el portugués de 1867, se refirieron a diversos derechos inherentes a la condición de persona. Más tarde los incluiría el Código suizo de 1907 en su artículo 28, así como el Código italiano de 1942 en lo relativo a disposiciones sobre el propio cuerpo, el derecho al nombre y a la propia imagen.

A nivel internacional ofrece preponderante relieve la Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada por las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. Y, en consonancia con ella, los numerosos textos y convenios expansivos de su alcance y aplicaciones. El poderoso impulso de la cuestión entraña de esta forma un significado intensamente conformador de directrices y de postulados jurídicos.

En España, sin perjuicio de diversos pasajes contenidos en anteriores textos constitucionales en los que encontramos diversos derechos de esta naturaleza, su construcción ha encontrado lugar efectivo y aplicación práctica a través de la jurisprudencia. Lo más frecuentemente con ocasión de reclamaciones sobre daños morales, cuyas decisiones obtuvieron muy amplia difusión (20). Y ha sido sobre este concepto de elaboración doctrinal y jurisprudencial donde principalmente ha venido a incidir la enunciación de derechos fundamentales contenida en la Constitución de 1978.

Hoy día las tensiones y expectativas en torno a la cuestión se insinúan con renovada pujanza a través de las tareas interpretativas. Proponden éstas a crecientes correlaciones y ensamblajes entre textos legales, precedentes jurisprudenciales y aportaciones de la doctrina. Cabe hablar, incluso, de la tendencia a un régimen único para una

(18) PETER AMMAN: *The Eighteenth Century Revolution, French or Western?*, Boston, 1963; PALMER: *The World Revolution of the West*, «Political Science Quarterly», 1954, pp. 65 y ss.

(19) PLUCKNETT: *Bonham's Case and judicial Review*, «Harv. Law Rev.», 1926, pp. 130 y ss.

(20) *Vid.* DE CASTRO: *Los llamados derechos de la personalidad*, ADC, XII, 1954, pp. 1.237 y ss.

materia unitaria, al margen de la sede en donde figuren las concretas previsiones ordenadoras. Así, entre nosotros, apreciaciones de la jurisprudencia ilustran pasajes de la Constitución, y a la inversa, el tenor constitucional generaliza el significado de los supuestos a los que se habían referido las sentencias y los comentarios. En Alemania, la Ley Fundamental de Bonn, aun sin imponer una modificación del BGB, ha sugerido en esta materia una jurisprudencia integradora ampliamente expansiva. En Estados Unidos, el alcance del *Bill of Rights*, en virtud de una dinámica judicial fiel reflejo de autorizados pareceres doctrinales, ha experimentado copioso enriquecimiento de contenido, de sentido y aplicaciones a lo largo de los últimos treinta años, como ha referido Warren (21). Trátase así de una interconexión de razones y de fundamentos conducente a evidenciar cuál sea la tónica del presente en la materia que nos ocupa.

Operan en ella convicciones y sentimientos colectivos con proyección jurídica en direcciones múltiples, acaso encontradas. Con razón se ha subrayado el carácter expansivo que, por ejemplo, ofrecen las contiendas entre el derecho a la intimidad y el derecho a la información (22). Es que al entrar en cuestión el respeto a la personalidad ineludiblemente cada caso resuelto abre nuevas líneas de ilustrativa ejemplaridad. El conocimiento de puntos de vista sustentados por el Derecho comparado supone, por otra parte, constante ocasión difusiva de criterios y de razonamientos. Así, se debe reseñar el valor de sugerencia permanente que en materia de accidentes causantes de muerte o lesiones la jurisprudencia y la doctrina de unos países desempeña respecto de las de otros (23). En suma, trátase de cuestiones en donde, bajo la posible diversidad normativa, subyace la fluencia de un espíritu unitario y común. Es la dignidad de la persona que, en variadas y aun insospechadas maneras de hacerse patente, rebrota vivaz y postula en cada circunstancia el pertinente respeto y el reconocimiento jurídico de la integridad moral que le es propia.

3. CARACTERIZACION DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

Efectivamente, el daño moral hace referencia en la mayoría de los casos a los derechos de la personalidad. Son éstos los que en tal hipótesis suelen resultar por lo común menoscabados. De ahí la conveniencia de señalar, siquiera de modo sumario, el ámbito y alcance de los mismos.

Los derechos de la personalidad céntranse en torno a bienes e in-

(21) W. WARREN: *The Memoires of Earl Warren*, 1977, pp. 227 y ss.

(22) Cfr. *Symposium: Toward a Resolution of the Expanding Conflict between the Press and Privacy Interest*, «Iowa Law Review», 65/5, julio de 1979.

(23) Vid. HARVEY MCGREGOR: *Personal Injury and Death*, «Encyclopedia of Comparative Law», t. XI, *Torts*, cap. 9.

tereses alejados de todo comercio, referidos a cualidades y dimensiones de carácter psíquico, espiritual y moral, de concepción social de la persona y de su identidad; en sentimientos íntimos y en lazos entrañables de vida familiar o concernientes al honor, intimidad y libertad; estados de ánimo y aptitudes de todo orden; dolores físicos o afectivos, designios legítimos, posición y capacidades subjetivas; en suma, componentes de la plenitud personal, de la dignidad y de la estimación del ser humano.

Desde luego, ha de respetarse el «tener» de la persona cuyo detrimento injusto implica un perjuicio patrimonial que debe resarcirse. Pero antes, y además con rango mucho más primario, se hace preciso proteger la realidad de su «ser». Pues en esa realidad se encuentra y radica la ontología de la persona, a la cual el orden jurídico ha de asumir y mantener en calidad de presupuesto básico. Se trata así del reconocimiento del hombre como sujeto de derechos y de dar efectividad a las consecuencias que tal reconocimiento lleva consigo.

Con frecuencia háblase de «tener» talento, memoria, una personalidad acusada, buenos sentimientos, capacidad de iniciativa o de otras muy variadas dotes. Pero ese «tener» pertenece a la consustancialidad de la persona, es una implicación estrictamente ontológica, se integra en el ser (24). Se contrapone así al dominio o posesión de recursos económicos o materiales que son extrínsecos a la personalidad y pueden perderse. En cambio, la sabiduría del hombre, su destreza profesional, su valor moral, su poder creador, su dignidad humana, forman parte de su yo infungible y nadie podrá quitárselos. En este último campo se opera la gran aventura de la plenitud personal, del logro de la personalidad colmada, y ahí es donde debe situarse el sentido y la función de los derechos de la personalidad que ahora nos ocupan (25).

Se los contrapone, por lo mismo, a los de carácter patrimonial, pues se refieren a sentimientos y atributos humanos que están fuera del tráfico y no son susceptibles de valoración en dinero; se los concibe indisolublemente unidos a la condición del ser humano, entendida ésta en su radical e irreplicable condición de sustancia individual de naturaleza racional, pero precisamente en cuanto inmersa en la coexistencia social; y, en fin, se puntualiza su contenido y alcance en función de las exigencias intrínsecas de la subjetividad que le es inherente.

Los derechos de la personalidad se definen y conceptúan mediante referencia a sus funciones más significativas. Sintéticamente enunciadas, consisten éstas en expresar el rango esencial que en el orden jurídico corresponde a la persona, en dar razón del respeto que le es debido y en proteger sus más importantes cualidades (26).

(24) Vid. G. MARCEL: *Etre et Avoir*, París, 1935, pp. 45 y ss.

(25) LEGAZ: *Filosofía del Derecho*, Barcelona, 1972, pp. 723 y 724.

(26) Vid., en tal sentido, entre otras muchas, las contribuciones de: BESSONE: *Diritto soggettivo e Droit de la personnalité* (RTDPC, 1973), p. 1.175; CASTÁN TOBENAS: *Los Derechos de la personalidad* (RGLJ, 1952, II), p. 5, así como *Los derechos del*

Forja el hombre su calidad de persona al entrar en la vida de relación con sus semejantes. Como la máscara caracteriza a los personajes del reparto teatral, *dramatis personae*, asimismo son muchos los cometidos que en esa vida de relación cabe al hombre asumir, cada uno de los cuales le individualiza en virtud de la diversidad de papeles, menesteres, trabajos y oficios socialmente diferenciados. De ese modo puede ostentar el sujeto distintas concepciones concretas. Pero la personalidad busca hacer referencia a la plenitud de esas capacidades, tanto las ya ejercitadas como las potenciales; es espíritu de unidad expresiva de la totalidad de virtualidades, abarca tanto la proyección de uno mismo hacia el futuro como la memoria de sí, por lo que se trata de una unidad experimentada y vivida, sustentadora de la propia identidad y, a la vez, del impulso a superarse y trascender. Reconocemos en los demás ese mismo rango, la respectiva *misimidad* que les es propia, la personalidad que les corresponde; ahora bien, la particularidad del propio ser nos es del todo privativa, nos pertenece en exclusiva, es única e irrepetible.

El núcleo de la personalidad es el sostenido acto de ser uno mismo en el seno de la vida social. A cuyo acto el Derecho ha de asegurarle la riqueza que le es propia. Esa riqueza se manifiesta en la dignidad connatural a la persona, la cual nunca es mero instrumento o medio para algo, sino fin en sí misma y portadora de fines propios. Se hace patente en lo intransferible de su individualidad, cuyo fondo más íntimo nadie puede subyugar ni penetrar. Tradúcese en ser consustancial al hombre hacer y configurar su propia vida —«*suipsius plastor et fictior*»— mediante el ejercicio de la libertad y sus inteligentes opciones, a diferencia del animal y de la naturaleza cuya existencia les viene hecha. Por eso ha podido hablarse de una lucha eterna e implacable del hombre que le fuerza a ganar su existencia de momento en momento, pugnando consigo mismo, sin que jamás pueda esperar terminarla de un modo definitivo, en el escenario del riesgo y de la decisión (27); pero es el riesgo de la sabiduría propia de una existencia metafísica y no meramente vital, acreedora a muy califica-

hombre, Madrid, 1985; CASTÁN VÁZQUEZ: *El derecho al secreto en la correspondencia epistolar* (ADC, 1960), p. 3; DE ANGEL YAGÜEZ: *Protección de la personalidad en el Derecho Privado* (RDN, 1974), p. 7; DE CASTRO: *Los llamados derechos de la personalidad* (ADC, 1959), p. 1.237; DE CUPIS: *I diritti della personalità*, Milán, 1982; GIAMPICCOLO: *La tutela giuridica della persona umana* (RTDPC, 1958), p. 458; GITRAMA: *Imagen (Derecho a la propia)* (NEJS, XI), p. 301; KAISER: *Les droits de la personnalité*, París, 1974; MARTÍN BERNAL: *Los derechos de la personalidad en la Constitución Española* (RGLJ, 1979), p. 639; NERSON: *La protección de la personalidad en el Derecho privado francés* (RGLJ, 1961, I), p. 7; PECES-BARBA: *Los derechos fundamentales*, Madrid, 1983; PÉREZ LUÑO: *Derechos humanos. Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, 1984; TRUYOL: *Los derechos humanos*, Madrid, 1984; ROGEL VIDE: *Bienes de la personalidad, Derechos fundamentales y Libertades públicas*, «*Studia Albortiana*», 1985; M. DE LA VALGOMA: *Comentario a la Ley de Protección civil del derecho al honor, la intimidad personal y la propia imagen*, «*Anuario de Derechos Humanos*», 2, Madrid, 1984, pp. 651 y ss.

(27) PETER WUST: *Incertidumbre y riesgo* (trad. española), Madrid, 1955, pp. 51, 298 y 304.

do respeto (28). Es la condición intrínseca al ser racional que le insta de continuo a invertir sus capacidades hacia metas cada vez más egregias de vida y de realizaciones. Y de ese contexto es de donde obtienen contenido y concreciones variadas los derechos de la personalidad.

Dimanan también de ahí las más importantes características de los mismos. Son derechos de carácter esencial, innatos, inherentes a la persona, y, por ello, personalísimos. De eficacia *erga omnes* o ejercitables frente a cualquiera, no son susceptibles de transmisión ni de renuncia, están fuera de todo comercio y no pueden prescribir.

Sin ellos —como bien se ha dicho— quedaría insatisfecha la personalidad como concepto unitario, privada de valor real, inactuada en su plenitud. La personalidad es un concepto jurídico que el ordenamiento no atribuye, sino que se limita a reconocer por el mero hecho del nacimiento. Recuérdese la fórmula del artículo 29 de nuestro Código civil, de que el nacimiento *determina* la personalidad, o la del párrafo primero del BGB alemán, a cuyo tenor «la capacidad jurídica comienza con la terminación del nacimiento». Reconocimiento que o es pleno o no lo es, pero que en caso afirmativo comprende el de todos los elementos que son de esencia en aquella. Por eso se trata de derechos originarios al no precisar ningún mecanismo especial que determine la conexión con la titularidad, pues nacen y se extinguen con la persona (29).

4. PROTEGEN LA SUBJETIVIDAD COMO TAL Y RESPONDEN A RAZON UNITARIA

El centro del problema de los derechos de la personalidad ha consistido en evitar el escollo de que el sujeto sea al mismo tiempo objeto del derecho. Pues si para proteger parcelas concretas de la personalidad se les otorgara consideración de verdadero objeto jurídico, y simultáneamente se reconoce la titularidad del correspondiente derecho subjetivo a favor de la propia persona, se incidiría efectivamente en aquella confusión.

Pero ocurre que ese modo de ver es consecuencia de un espejismo explicable, pero que carece de fundamento real. Es el espejismo de la «cosificación» de cualidades y atributos personales cual si fueran realidades «reiformes» y externas al interesado. La habituación a la contraposición formal entre el sujeto y un específico objeto en la estructura del derecho subjetivo conduce a mantener aquí esa dualidad, la cual, sin embargo, no es aplicable a los derechos de la personalidad (30).

(28) «Maxima enim reverentia debatur homini ex affinitate quam habet ad Deum» (*Summa*, 2-2, q. 103, a 4, ad. 2).

(29) *Cfr.* BELTRÁN DE HEREDIA, *op. cit.*, pp. 89 y 90.

(30) *Vid.* MESSINETTI: *Oggettività giuridica delle cose incorporali*, Milán, 1970, pp. 296 y ss.

Estos constituyen sencilla y directamente razón defensiva y afirmadora dirigida a reconocer y mantener en su debido alcance el respeto que a cada uno es debido, así como la positiva realización de las justas actuaciones y prerrogativas constitutivas de la entidad personal, entidad que se está haciendo siempre. Se recabará este respeto o esas prerrogativas acaso sólo en una determinada dirección, en un concreto ámbito, frente a una cierta lesión, ofensa o menoscabo; pero tal concreción no significa delimitar como separado y autónomo un objeto de derecho como tal, pues lo que sigue estando en cuestión es la subjetividad en sí y en la cual no hay lugar a fraccionamientos. Es la personalidad misma en su plenitud la que entonces actúa y se defiende. La reclamación ofrecerá una temática determinada, pero la persona es un todo indivisible e indiviso, de suerte que al defender un atributo ejercita y protege su yo íntegro, nunca algo desligado ni susceptible de considerar como entidad objetiva frente al sujeto. Se actualizará defensivamente una proyección específica de la personalidad, pero con ello lo que se afirma y protege es, precisamente, su plenitud. Los derechos de la personalidad, a efectos descriptivos, de nominación práctica e incluso de regulación particular, habrán de enunciarse, de clasificarse; pero, en todo caso, ponen en ejercicio la plenaria unidad de la que emanan y a la que expresan y afirman.

La persona, ha dicho Max Scheller, es la unidad de ser concreta y esencial de actos de la más diversa índole. El ser de la persona fundamenta todos sus actos, naturalmente diversos (31). Y en consecuencia con esa diversidad, los derechos de la personalidad se catalogan como referidos a distintos aspectos concretos en cuanto particularmente lesionables, pero implicando siempre su ejercicio una razón de plenitud personal que se afirma y defiende unitariamente a sí misma en todas las hipótesis.

Al prohibir o rechazar una determinada intromisión ilícita que conculca un aspecto de la esfera de dignidad humana lo que se protege es la subjetividad en sí, y no una dimensión escindida de la misma dotada de realidad independiente, con entidad *a se*. Tal escisión ni existe ni puede existir al tratarse de atributos de la personalidad, los cuales ofrecen valor de predicados del mismo ser y, por lo mismo, en modo alguno son concebibles como objetividades de existencia propia y aparte.

Sí aparecerá, probablemente, una objetivación en la manera de describir en la norma o en la jurisprudencia supuestos de hecho o experiencias atentatorias contra la persona, así como también en relación con los medios técnicos o instrumentos materiales con los que quizá se perpetró la intromisión; lo cual influirá sin duda en la denominación individualizadora del respectivo menoscabo o daño. Pero

(31) MAX SCHELLER: *Ética* (trad. de Rodríguez Sanz), Madrid, 1942, p. 175; *vid.* asimismo GORDON W. ALLPORT: *Personality*, (1937), con larga relación de definiciones acerca de la personalidad; DERISI: *La persona. Su esencia, en vida, en mundo*, 1950; GROSSEN: *La protección de la personnalité en droit privé*, Bâle, 1960.

sin que ello traiga sustantividad independiente ni afecte a la configuración esencial de unos derechos en todo caso orientados a que la persona defienda su cualidad de tal. Pues éste es su punto de referencia común y el designio del que parten y adonde confluyen. Emanan de la posición jurídica personal, posición a la que reafirman. En definitiva, son trasunto de la estructura esencialmente unitaria del ser personal y de la «totalidad concreta» con que se conduce y actúa el espíritu humano en el cual siempre está presente el «ímpetu del hombre entero» (32).

Por eso ha de propugnarse una concepción de raíz monista como propia de los llamados derechos de la personalidad (33). Implican una razón jurídica única y constante, cual es el despliegue de la subjetividad de la persona, aun cuando aparezcan diversificados en haz múltiple de manifestaciones concretas, habida cuenta de campos y de materias e incluso regulaciones legales. Ese haz es contingente, variable en cuanto a las cuestiones más en boga y a las designaciones singularizadas. Lo cual ocurre porque los riesgos y desconocimientos que acucian al respeto y a las prerrogativas humanas cambian de temática y de actualidad al compás de la evolución tecnológica y de las circunstancias sociales. Los aspectos de la integridad personal especialmente amenazados son unos en unas épocas y otros en las siguientes.

5. LA PERSONA, UN TODO SUBSISTENTE; LOS ASPECTOS DE SU PROTECCION, PARCIALES Y CONTINGENTES

La personalidad humana caracterízase, en efecto, por su radical plenitud. Plenitud de ser, de acción, de posibilidades. Hay en todo designio humano una *tota et simul possessio* de sí mismo, ineludible y consustancial. No hay lugar en la persona a fraccionamientos de entidad, porque siempre actúa como tal persona; de ahí que los derechos de la personalidad conciten siempre al todo de ella, de modo que, como queda dicho, responden a estructura unitaria.

En cambio, los ámbitos y aspectos a proteger mediante tales derechos son, en principio, parciales y diversos. Frente a la integridad del ser humano, los riesgos que emergen y le acechan suelen ser por lo común susceptibles de razonable acotamiento y puntualización,

(32) MAX SCHELLER: *La esencia de la filosofía y la condición moral del conocer filosófico*, Buenos Aires, 1958, p. 37.

(33) Acerca de la contraposición entre tesis pluralistas y tesis monistas, pueden verse, entre las primeras: LARENZ: *Das «allgemeiner Persönlichkeitsrecht» in Recht der unerlaubten Handlungen*, «Neue Juristische Wochenschrift», 1955, p. 523; DE CUPIS: *I diritti della personalità* (2.^a ed.), Milán, 1982, pp. 34 y ss. Entre las segundas, HUBMANN: *Das Persönlichkeitsrecht*, Münster-Köln, 1958, p. 58, así como WESTERMANN: *Person und Persönlichkeit als Wert in Zivilrecht*, Münster, 1957, pp. 17 y ss.; y de modo terminante, GIAMPICCOLO: *La tutela giuridica della persona umana e il c.d. diritto alla riservatezza*, «Riv. Trim. Dir. Proc. Div.», 1958, p. 466.

tanto en contenido de la amenaza como respecto a su alcance y repercusión. Claro está que en hipótesis de hecatombes generalizadas o atentados a la vida, consumada la extinción de la personalidad, reduce el sentido de cualquier reflexión acerca de qué intereses de ella entraron en juego. Ahora bien, siempre mantiene valor la idea de que la persona en sí misma implica una llamada al todo, mientras que los diversos derechos de la personalidad obedecen, respectivamente, a aspectos propios de una protección particularizada. Es éste un contraste que nunca debe perderse de vista si se quiere acertar con el lugar que a los mismos corresponde en una tónica coherente.

Los concretos derechos de la personalidad suelen obtener *nomen proprio*, especificación, tratamiento típico, al quedar destacadas como distintas diversas vulnerabilidades referentes a la plenitud personal. En función de éstas, se arbitran los congruentes remedios que aquéllos significan. Otras veces tales derechos suelen ser expresión de prerrogativas que se desea proteger particularizadamente. Esto último con mayor frecuencia desde planteamientos de Derecho público y en la formulación de libertades fundamentales. En todo caso, la enumeración o gama de derechos de la personalidad diferenciados como tales encuéntrase sometida a incesante evolución. Cambian con el tiempo los condicionamientos determinantes de unas u otras de sus formulaciones expresas.

Resulta memorable en este sentido la autorizada apreciación de Gierke cuando hacía notar que los derechos de la personalidad se encuentran unos ya reconocidos en forma explícita, en tanto otros están aún como latentes e incluidos en el Derecho general de la personalidad sin formulación propia, en espera de que necesidades específicas vengan a extraerlos de ese fondo genérico y a otorgarles configuración neta y precisa (34).

Vigencias sociales, ideologías, niveles éticos, y sobre todo últimamente los nuevos recursos tecnológicos, imprimen aquí su sesgo renovador. Lo que en otras épocas circunscribió el alcance de la personalidad, con repercusiones incluso en lo que hoy denominamos estado civil, dejó de ofrecer después significación jurídica apreciable. Por contra, situaciones y contingencias ahora casi obsesivas en calidad de inseguridades generalizadas no hubiera cabido ni siquiera imaginar en etapas pretéritas. Es que, cuando se trata de asegurarle protección jurídica frente a los más verosímiles atentados a su integridad física y espiritual, la persona ha de ser contemplada necesariamente en su precisa circunstancia.

Así, conceptualizaciones personales tan cargadas de consecuencias como las derivadas de los distintos grados de la *capitis deminutio*, que Gayo refiere (35), carecen hoy de valor. Y, sin ir tan lejos, todavía en el siglo XVIII, diferencias estamentales hoy anacrónicas redundaban en muy delimitada ubicación social. Pero, por otro lado, ¿eran

(34) GIERKE: *Deutsches Privatrecht*, I, 1985, § 81, pp. 72 y ss.

(35) GAYO, I, 121.

acaso concebibles a principios de nuestro siglo los riesgos nucleares? Aún hace sólo treinta años, ¿qué denuncias ocasionaban las aplicaciones de la electrónica? Tampoco exigencias referentes al ocio, ahora del todo afirmadas, habíanse consolidado como jurídicamente defendibles.

La persona, en cuanto tal, vive inmersa en el flujo histórico, de modo que postula remodelación de los respetos y de los reconocimientos que le son debidos. Incluye aspiración y apertura. Los ámbitos y dimensiones de su proyección cambian de alcance y de proyecciones concretas, de conceptualizaciones, de amenazas probables, de énfasis social y de necesidades de defensa. Y a tales ámbitos y dimensiones, en cuanto particularizables y discernibles, obedece el cometido expresivo y de afirmación asignado respectivamente a los distintos derechos de la personalidad. Razón por la cual éstos plasman y se cualifican como tales en consonancia con las circunstancias que más acusadamente afectan y conciernen a la persona en los respectivos sectores de su integridad.

En cuanto esas circunstancias alcancen relieve diferenciado y propio, socialmente consolidado y apreciado, estarán sentadas las bases de un derecho de la personalidad de nuevo nombre, de renovada referencia. Será la jurisprudencia, probablemente, el primer cauce que venga a declarar y hacer patente su carácter jurídico. Y lo efectuará a base de recalcar y hacer explícita un área o un componente de la dignidad del ser humano hasta entonces sólo implícita, latente por no discutida, pero consustancial y propia de un nivel de respeto que a todos debe reconocerse. Posteriormente, quizá se añada al reconocimiento jurisprudencial la atención legislativa. Cometido de política jurídica propio de la ley habrá de ser, en su caso, señalar el rango, puntualizar el tratamiento y orientar los perfiles del derecho de que se trate.

Pero siempre sobre la base de que tales perfiles serán sólo contorno difuso, no disyuntiva inconciliable con el contenido de otro u otros derechos de la personalidad, pues entre los mismos no puede menos de existir radicación común y complementariedad de función. Tanto los ya consolidados como los que en el futuro lleguen a hacerse explícitos buscan actualizar la plenitud de la personalidad humana, la cual es unitaria. Unidad de la que irradia esencial convergencia. De modo que se alternan y se entrecruzan en estrecha ligazón cobertora hacia el todo de la dignidad que han de proteger. No es que entre tales derechos de la personalidad se haya de producir interferencia esencial, pero sí ineludible conjunción con la que habrá de contarse a efectos de la tarea hermenéutica referente a su aplicación e interrelaciones. Al fin y al cabo, significan nuevas facetas referentes a la misma esencialidad de que derivan (36).

En el orden sustancial es siempre la integridad de la personalidad lo que se protege. La diversificación entre los diversos derechos de

(36) Cfr. BELTRÁN DE HEREDIA, *op. cit.*, p. 94.

esta índole es sólo accidental, pues se refiere a elementos ocasionales, siquiera se trate de una ocasionalidad de amplia presencia social; o, si se prefiere, de carácter semántico. Pero a pesar de ello muy conveniente, especialmente para la fase de ejercicio, pues de ese modo se facilitan las designaciones evidenciales de la lesión sufrida, así como la índole de la perturbación contra la que se reclama. Subyace aquí el problema metodológico de la concreción, problema al que viene a responder toda creación de figuras acuñadas (37). Cuando el ataque experimentado no corresponda a ninguno de los derechos de la personalidad ya estereotipados, siempre cabrá invocar el genérico respeto debido a la plenitud del ser humano; pero ello requerirá razonamientos persuasivos de que tal extremo se encuentra, efectivamente, abarcado en el círculo plenario de la dignidad personal. Dificultad que se evita, o al menos se reduce, al poder invocar un derecho de la personalidad ya esbozado, dotado de propio nombre y referido a cierta área. Mediante la progresiva acuñación de estos derechos, la defensa de la integridad personal se hace así más inmediata y operativa. Además, tal concreción tiene valor social educador. Porque la fuerza informativa de lo explícito contribuye a recordar y hacer patentes directrices y manifestaciones específicas del respeto debido a la esfera jurídica ajena.

6. TESIS USUALES ACERCA DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

La construcción doctrinal de los derechos de la personalidad ha oscilado por lo común entre tres tesis explicativas de su carácter. Una se orienta hacia la consideración de un derecho general de la personalidad. Otra, hacia su encuadramiento como auténticos y diferenciados derechos subjetivos. La tercera prefiere hablar de bienes de la personalidad. Las tres, sin duda, captan aspectos, fases de ejercicio, designios circunstanciales en los que los derechos de la personalidad evidencian concomitancias e indudables coincidencias con tales modos de ver. Sin embargo, no parece que tales asimilaciones puedan ser completas, ni mucho menos que respondan siempre a la estructura y función de los derechos de que se trata. La manera como surgen y se diversifican, el modo de invocarlos y de ponerlos en ejercicio, suscitan una metodología que no se circunscribe plenamente a tales concepciones, antes bien, postula liberarse de cualquier apriorismo, de cualquier actitud excluyente o cerradamente sistemática.

La idea de un derecho general de la personalidad que abarque y compendie todas sus posibles aplicaciones fue la tesis prevalente durante los trabajos preparatorios del BGB. Así lo han recordado re-

(37) ENGLISH: *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unser Zeit*, Heidelberg, 1953, pp. 275 y ss.

cientes y documentados estudios (38). Como paladín de tal posición aparece la egregia figura de Otto von Gierke (39). Sin embargo, es lo cierto que cambios de última hora condujeron a una redacción del párrafo 823, según la cual se establece la obligación de indemnizar los daños causados a otro, dolosa o culposamente, de forma antijurídica en su vida, cuerpo, salud, libertad, propiedad u otro derecho. De ese modo, al optar por una lista delimitada, faltó una referencia suficientemente amplia que garantizara aspectos tan importantes como la intimidad de la vida privada, la imagen, el carácter confidencial de notas, diarios y escritos personales, así como otras necesarias manifestaciones del respeto que a todos es debido. Con razón, desde la doctrina francesa, Saleilles había subrayado las dificultades interpretativas a que conduciría la enumeración cerrada a sólo aquellos derechos absolutos (40).

Tales deficiencias, largamente denunciadas por la doctrina, condujeron a propugnar un «derecho general de la personalidad», que entroncara en la referencia a «otro derecho» contenida en el texto legal indicado. Inicialmente, y durante bastantes años, la observación, pese a la autoridad de quienes la compartieron, no encontró acogida. Pero con posterioridad a la II Guerra Mundial, sobre todo al promulgarse la Ley Fundamental de Bonn, en la cual se declara intangible la dignidad del hombre y el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, se vino a reconocer por la jurisprudencia un genérico y omnicomprendivo «derecho general de la personalidad» con sustentación acoplada al referido asidero del párrafo 823.

Resultó así una auténtica creación operada por la actividad judicial. Pues no consistió en colmar una laguna del Código, ya que en él no hubo propiamente laguna, sino deliberada exclusión de los extremos referidos. Tampoco en rigor era desarrollo del texto constitucional, pues nada se dice en éste que redunde en concreta protección en el plano del Derecho privado. A lo sumo cabría hablar de laguna en la totalidad del ordenamiento, al venir exigido en la Constitución un principio ético necesitado de efectividad jurídica (41). Al esbozarse como «derecho general» se volvía al planteamiento originario de la cuestión y se optaba por la concepción unitaria, lo cual entrañaba tomar partido en el debate doctrinal acerca del fundamento, monista o pluralista, a que deben responder los derechos de la personalidad. En este sentido, resulta notorio que el criterio adoptado ha reportado apertura, pues ha servido a un desarrollo cuajado de matices y diversificaciones, pero sobre la base de la unidad de razón conformadora. Tradúcese la misma en aptitud para interrelacionar manifestaciones concretas y asegurar interpretaciones coherentes. Ahora bien, acogido ese «derecho general» en el soporte de «otro derecho» ofrecido

(38) Cfr. DA RAMM: *Einführung in das Privatrecht*, München-Nordlingen, 1970, § 53, p. 777.

(39) GIERKE: *Deutsches Privatrecht*, loc. cit., pp. 704 y ss.

(40) SALEILLES: *Théorie générale des obligations*, París, 1925, pp. 367 y ss.

(41) Cfr. LARENZ: *El derecho general de la personalidad en la jurisprudencia alemana* (RDP, 1963), p. 641.

por el párrafo 823, de alguna manera se lo ha circunscrito hacia la tesis de los derechos subjetivos, lo cual es objeto de crítica. Pues lo protegido requiere abarcar otras más amplias virtualidades del ser humano, aparte de no solventarse de ese modo la restricción establecida en el párrafo 253 para la indemnización de daños inmateriales (42).

Una segunda dirección, quizá doctrinalmente mayoritaria, establece los derechos de la personalidad como otros tantos y diferenciados derechos subjetivos en sentido estricto. Históricamente enlaza con la línea del pensamiento renacentista, así como con muy difundidas formulaciones posteriores, entre las que destaca la de Styck en su *De iure hominis in se ipsum*, del año 1675, cuyo subjetivismo y voluntarismo evoca puntos de vista previamente apuntados por Grocio. Tiene la nota positiva de la rotundidad con que los correspondientes derechos son expresados en su vertiente activa, pero mengua sentido a los deberes que se encuentran conexos e implícitos y que constituyen premisa de cualquier exigibilidad. Como bien observó Von Thur, debe hacerse notar sobre todo que la circunstancia de venir dotados de protección jurídica no autoriza a equiparar los derechos de la personalidad a verdaderos derechos subjetivos, ya que en modo alguno cabe disponer nada acerca de su nacimiento, transmisión, extinción y renuncia (43). Por eso se trata de una construcción que no ofrece satisfactoria congruencia con las múltiples cuestiones que en ese campo se suscitan y requieren respuesta. De ahí que con razón se insinúe la insuficiencia de esa doctrina (44).

La inadecuación radica, a mi modo de ver, en que la persona lo es tal en tanto inmersa en la vida social. Vida social que imprime ineludiblemente una objetividad informante. Con lo cual el arbitrio particularista, el poder de modelar por el titular los correspondientes desarrollos, se encuentra en amplios aspectos fuera de lugar al tratarse de derechos de la personalidad. Estos están llamados a efectuar diseños de sentido y alcance en principio semejantes y comunes a toda persona, al implicar esencial consonancia con el interés general. De ese modo, la voluntad individual no dispone aquí de un ámbito privativo de discrecionalidad libre y jurídicamente configuradora. Por eso no resulta satisfactorio el intento de asimilación indiscriminada con la índole propia del derecho subjetivo.

De ahí que la doctrina acuda a otra respuesta. La tercera tesis se orienta a hablar de bienes de la personalidad. De Castro, señalado representante de esta teoría, advierte que se trata de bienes no materiales que serían objeto de los derechos de la personalidad, lo cual —se añade— permite admitir la necesidad de su amparo en los incapaces y el que su daño o perjuicio dé lugar a una adecuada indemnización. «Hay que tener en cuenta que la persona no tiene en ellos

(42) EKKEHARD KAUFMANN, *op. cit.*, p. 437. Vid. asimismo *Münchener Kommentar zum BGB in § 253*, a cargo de Helmut Heinrichs, Múnich, 1979, 2, pp. 340 y ss.

(43) VON THUR: *Der allgemeine teil des bürgerlichen Rechts*, I, 1940, pp. 150 y ss.

(44) Vid. CLAVERÍA GOSÁLVEZ: *Notas para la construcción jurídica de los llamados derechos de la personalidad*, «Libro homenaje al Profesor José Beltrán de Heredia y Castaño», Salamanca, 1984, p. 115.

un auténtico derecho subjetivo (*ius dominativum*), que carece de poder dispositivo sobre los mismos, que están fuera del comercio de los hombres y que sus facultades sobre los mismos (llamados impropia-mente derechos), las de *custos et administrator*, se refieren fundamentalmente a la exigencia de protección y, en su caso, de indemnización» (45).

La idea de los bienes de la personalidad se orienta, en suma, a salvar la contradicción de que el sujeto del derecho sea al mismo tiempo el objeto del mismo. Sin embargo, debe hacerse notar que ni siquiera a esos efectos cabe aislar tales bienes respecto de la personalidad misma. Tener esos bienes no es, en definitiva, sino una forma de ser. Los honores, la fama y la gloria no hacen la excelencia humana, sino que suponen que hay en el hombre alguna excelencia de la que son signo y testimonio, por lo que en una consideración realista dilúyense en la ontología e identidad de la persona.

7. EXPRESAN Y ACTUALIZAN LA POSICION JURIDICA DE LA PERSONA

Es probable que, en fase de controversia, al discutir un punto o extremo referente a la plenitud o dignidad personal, la pretensión deducida en juicio ofrezca razón y textura de derecho subjetivo. Pero ocurrirá otras veces, y quizá con creciente frecuencia, que se trate sencillamente del respeto a una dimensión vital o connatural del propio ser, de recabar la efectividad de un mero interés. El interés consistente en la más cumplida realización de la propia personalidad. Asistimos, en efecto, a la hora actual, a un marcado predominio de contiendas acerca de intereses no configurados como verdaderos derechos subjetivos (46). Además, los derechos de la personalidad tradúcese a veces en un ejercicio obligatorio que puede articular verdaderos deberes.

Igualmente, desde el otro ángulo, a la vista de litigios en marcha, podrá parecer reclamado como propio un cierto bien, como la intimidad, el honor, la libertad u otros distintos; pero si se profundiza en el análisis de lo que en realidad está en juego, reluce el indivisible bien consistente en la propia plenitud, y no *un bien* o unos bienes de entidad separada. Quizá puedan apreciarse tales bienes como objetos autónomos si se contemplan a través de un espejismo con el orden patrimonial, pero en definitiva se delatará el puro nominalismo a que obedecen. Nominalismo que se desvanece ante la realidad de la persona. La plenitud de ésta los acapara y los asume en su unidad. La razón es que no son sino atributos de ella (47). Se integran en la subjetividad y no ostentan objetividad *a se* al consistir en virtualidades

(45) DE CASTRO: *Los llamados derechos de la personalidad* (ADC, 1959), pp. 1.262 y ss., así como en *Temas de Derecho Civil*, Madrid, 1972, p. 10.

(46) Cfr. en este sentido la expresiva e importante sentencia de 5 de julio de 1972.

(47) Cfr. DERBURG: *Pandekten* (6.ª ed.), VII, 1900, p. 22.

o cualidades propias del ser personal, el cual es esencialmente unitario e indiviso.

Más aparte de no contar con un objeto jurídico escindido del sujeto, exigencias de orden público se hacen patentes de modo consustancial en los derechos de la personalidad a los cuales informan y vertebran. Es ésta una observación acerca de su estructura que debe considerarse fundamental. En su virtud prodúcese en los mismos significativo desplazamiento del poder configurador y dispositivo con que en cambio suele contar el titular de un puro derecho subjetivo. ¿Cómo podrían llegar a erigirse en derechos fundamentales, si en los derechos de la personalidad cupiera un plenario arbitrio individual? Ningún texto constitucional podría reconocerles ese carácter si su contenido no viniera informado por un sentido específico. Consiste el mismo en dar razón y en mantener la inserción de la persona en el orden jurídico, así como las exigencias esenciales y de interés general que de tal inserción se derivan.

Esa ineludible presencia del interés general dimana de que objetivamente la esencia de la persona es idéntica en todos los seres humanos, independientemente de diferencias y desigualdades concretas. «Nadie puede ponerse a sí mismo como persona y negarle esta categoría a quien exige el reconocimiento de su derecho; porque al exigirle ese respeto postulo que el otro también es persona y, por consiguiente, he de reconocerle lo suyo primario» (48). De modo que opera una objetividad sustentadora en cuya virtud el interés de cada uno es al mismo tiempo interés de todos. Por expresar requerimientos fundados en la específica condición de persona, en los derechos de la personalidad las vertientes subjetiva y objetiva vienen necesariamente ensambladas. Pero no se trata de una conexión meramente funcional u ocasional, sino institucional, constitutiva y determinante. Determinante de un carácter que, en todo caso, configura y confiere impronta a todas sus aplicaciones y que redundante en ejemplar significado frente a todos.

En los derechos de la personalidad el interés esgrimido no sólo no puede estar en contradicción con el interés general, sino que, lejos de ello, su relevancia específica les viene precisamente de ser, al par que personal, expresión del interés general. Tal es la función que aquí incumbe al principio de orden público: incorpora y mantiene en el contexto de los derechos de la personalidad una constante y eficaz coincidencia con el interés general. Tal coincidencia se traduce en criterios y exigencias de mensura, así como en directrices interpretativas. Ello porque la pretensión a deducir por el particular ha de operar aquí por reconducción a criterios de alcance y contenido objetivos. De esta suerte acontece en los derechos de la personalidad que la subjetividad concita, expresa y hace presente a la objetividad. Pero es una objetividad que antes y al margen de sustentarse en normas,

(48) RECASENS SICHES: *Introducción al estudio del Derecho*, México, 1972, pp. 333 y 334.

consiste en la objetividad misma del ser, pues la condición de persona es inherente a todo ser humano.

No es extraña esta observación la actitud de nuestra Jurisprudencia. Así, la sentencia de 6 de diciembre de 1912 hubo de hablar de «bienes sociales» al referirse al honor y la fama, con lo que resulta asumida la referida doble dimensión. La protección subjetiva de la parte actora que había sufrido el menoscabo aparece obvia en el tenor mismo del pronunciamiento condenatorio del demandado, y, simultáneamente, la consideración objetiva del interés lesionado queda del todo patente al quedar conceptualizado como bien de índole social.

Y, de modo aún más explícito, el Tribunal Constitucional, en sentencia de 14 de julio de 1981, al referirse a los derechos de la personalidad como derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, advierte que «son derechos subjetivos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un *status* jurídico o la libertad en un ámbito de existencia; pero, al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho».

Ahora bien, esa interconexión de las dimensiones objetiva y subjetiva viene de que la personalidad no es una concesión del orden jurídico, sino un reconocimiento. Reconocimiento que abarca su potencial plenitud y refleja su esencial unidad. Por lo cual no puede cifrarse en una adición colecticia de unos u otros derechos subjetivos estereotipados. Ha de expresarse en un centro unitario de posibilidades intrínsecas y no acotadas; no sucesivamente yuxtapuestas, no otorgadas gradualmente, sino declaradas y hechas explícitas así que se haga patente su connaturalidad con el respeto y prerrogativas propias de la vida de relación del ser humano. El reconocimiento de la personalidad da lugar así a una verdadera posición jurídica. Posición activa, generadora de respuestas pertinentes y de virtualidades positivas en orden a la propia afirmación. Porque la persona vive inmersa en la historia, la cual le depara variables situaciones vitales ante las cuales ha de poder reaccionar. Ha de llevar adelante un papel activo frente a cuanto le afecta, por lo que su consideración jurídica incluye recurso siempre abierto a renovaciones, a más colmada integridad. Pero como tal consideración supone la dimensión social del hombre, la referida posición dinámica acoge a la vez el particularismo infungible de cada uno y, solidariamente, la común dignidad que es propia de todos.

De ese modo, la posición jurídica de la persona ofrece al mismo tiempo carácter objetivo y subjetivo. Objetivo, porque se trata de un *prius* general y porque en este campo no hay lugar a la consideración en exclusiva o aislacionista, sino a la armonización social; subjetivo, porque el ejercicio jurídico y la concreción brotan de contingencias y situaciones sentidas como individuales y se refieren a ellas. En síntesis, posición en torno a la cual y a partir de la cual, como actua-

lizaciones emanadas de su virtualidad, se alinean los derechos de la personalidad.

Ofrece aquí pleno sentido y congruencia la apreciación tan reiterada por los romanistas acerca del término *ius*. Término nunca equivalente en el mundo romano a las modernas nociones de Derecho subjetivo ni de Derecho objetivo, sino que responde más exactamente a la idea dinámica de posición (49). *Ius* quiere decir una «posición justa», «posición jurídica». Ese es el punto intermedio que permite, sin traslación de sentido, que la palabra *ius* se nos presente tan pronto en sentido objetivo como subjetivo. Trátase de una posición que tiene aquella «dinamicidad» que reconocemos tiene también *ius*. *Iustum* es lo conforme al *ius*: lo que está en posición justa o, para emplear un giro castizo y elegante del español, «está puesto en justicia» (como «está puesto en razón»): *Ius est mihi*, por tanto, quiere decir «mi posición es justa». Toda la dialéctica de la vida jurídica estriba en el discernimiento de la posición justa (50).

En el año 1604, Mira de Amescua escribió su —frecuentemente citado en la actualidad— *Tractatus de potestate in se ipsum*, del cual a veces suele querer deducirse hoy la consideración de los derechos de la personalidad como derechos subjetivos estrictos. Pero en aquel entonces no estaba configurada esta última categoría de elaboración sin duda muy posterior. Persistía, en cambio, la concepción romanista, y en ésta, como sugiere Kaser, la aproximación de *ius* a *potestas* en modo alguno exige una interpretación en el sentido de derecho subjetivo (51). Hernández Tejero (52), paralelamente, al examinar la fórmula *ius potestaque esto*, estima que debe entenderse como «fundamento jurídico» (*ius*) y como actuación efectiva del mismo (*potestas*); en suma, como posición jurídica. A cuyo sentido debe igualmente reconducirse, en opinión de D'Ors (53), la *patria potestas*; el *ius* del *pater* no es su derecho subjetivo, sino su posición de *pater*. *Ius* y *potestas* equivalen así a «posición» y «poder» respectivamente: el poder de actuar una posición.

En este contexto es donde cobra sentido el expresivo título de Mira de Amescua. Habría de leerse en él una potestad unitaria sustentada en la posición jurídica propia, de la que emanaría ejercicio defensivo o afirmativo de los diversos aspectos de la personalidad

(49) Cfr. el penetrante y docto estudio de A. D'ORS, *Aspectos objetivos y subjetivos del concepto de «ius»*, en «Studi in memoria di Emilio Albertario» (II, 1950, p. 279), y ahora en «Nuevos papeles del oficio universitario» (Madrid, 1980), pp. 280 a 312. Vid. asimismo la bibliografía que cita, en especial VILLEY: *Leçons de histoire de la philosophie du droit* (1962), y *Seize essais de philosophie du droit* (1969); PFÜGER: *Ueber körperliche und unkörperliche Sachen* («SZ», 65, 1947), p. 339; GIOFFREDI: *Ius lex, praetor* («Studia et Documenta», 1947-48), p. 71; MAX KASER: *Das altrömische «ius»* (1949), pp. 96 y ss.

(50) D'ORS, *loc. cit.*, pp. 288 y 306.

(51) KASER, *loc. cit.*, p. 98.

(52) HERNÁNDEZ TEJERO: *Sobre el concepto de potestas*, «Anuario de Historia del Derecho», 1946, pp. 605 a 630.

(53) D'ORS, *ead. loc.*, p. 302.

frente a las variables contingencias que en cada caso la desconozcan o menoscaben.

Y en esa misma línea habría de encontrarse, probablemente, una concepción realista de los derechos de la personalidad. Lo mismo al velar por la integridad física y la vida que al propugnar la defensa del honor, la intimidad y la propia imagen, o al mantener la identificación mediante el derecho al nombre, o cuando se busca reafirmar la propia libertad, o en las restantes hipótesis de ejercicio de derechos de esta índole, lo que se recaba, en definitiva, es la plenitud de ser, de dignidad. En síntesis, el reconocimiento social y jurídico del respeto y prerrogativas que en plexo unitario corresponden a la persona. Los derechos de la personalidad implican así, cualquiera que sea el sector que haya sufrido la lesión o el *nomen* peculiar con que en concreto se los invoque, la puesta en ejercicio de la plenaria unidad inherente a la posición jurídica reconocida a la persona. En esta posición habrían de sustentarse asimismo las hipótesis relativas al ejercicio obligatorio de estos derechos. De ahí que un *analysis situs* de los mismos en su preciso entronque en la posición jurídica de la persona pueda delatar precisiones esclarecedoras.

8. SE IMPLANTAN POR AREAS DE LA POSICION JURIDICA DE LA PERSONA

Esa posición jurídica determina un contorno; contorno dentro del cual cabe apreciar diversos tramos o sectores a cuyas peculiares exigencias suelen obedecer correlativamente los distintos derechos de la personalidad. Porque éstos responden a ciertas áreas que sobre ese contorno se esbozan como más amenazadas o más polémicas y de ese modo se delatan como más discernibles. Discernibles al quedar afectadas por tecnologías diferentes. Al necesitar cautelas jurídicas diversas, al requerir expresión positiva y afirmaciones de índole específica. De suerte que, al ser tales áreas susceptibles de cierta particularización, asimismo vienen a serlo las correspondientes respuestas emanadas al efecto de la posición jurídica personal en orden a la respectiva defensa y afirmación de aquéllas.

Los derechos de la personalidad operan así como reacciones o respuestas de esa posición jurídica y proveen a dimensiones y aspectos de la dignidad de la persona, a sentidos y direcciones parciales de su plenitud. Cuando esa plenitud se encuentra ejercitada en su natural alcance, sin experimentar interferencias denunciabiles, entonces la misma connaturalidad de ese ejercicio atrae y retiene en unidad indiferenciada los diversos aspectos propios de tal posición. Pero cuando alguno de éstos es objeto de reiterado ataque o experimenta intromisiones de algún modo usuales o muy verosímiles, de inmediato obtiene atención particularizada con significación propia referida a un contorno.

A la manera que el dolor físico localiza a un órgano que en su normalidad funcional transcurría sin acusar existencia reseñable, tam-

bién la lesión jurídica e incluso el daño temido circunscriben áreas y determinan sectores. Esa es la razón, como ya antes se ha dicho, de que los derechos de la personalidad hayan obtenido, y sucesivamente obtengan, diferenciación y nombre lo más comúnmente por vía de defensa. Porque en el ataque se realza y confirma la dignidad del hombre. Es decir, al tener que reafirmar a un cierto sector de prerrogativas humanas como especialmente necesitadas de más señalada protección; al hacerse cautela socialmente instada proporcionar a las personas defensas explícitas frente a ciertos ramos de riesgos o de injerencias que han llegado a estimarse como más acuciantes y frecuentes. La plenitud de la persona mantiene en todo caso razón y entidad unitaria. Pero precisamente en torno a esa unidad, en ocasiones, las innovaciones técnicas o factores añadidos a la convivencia humana requieren como oportunas unas u otras puntualizaciones defensivas respecto de unas u otras zonas o vertientes de esa plenitud consideradas como más lábiles o amenazadas por determinados recursos o acontecimientos.

Se trata —importa advertirlo— de riesgos que pueden afectar no sólo a intereses ya reconocidos, sino a otros invocables a la sazón como prerrogativas humanas implícitas que precisan hacerse explícitas. Es decir, se ventilan también en este campo vulneraciones por desatención, al desconocer aspectos que positivamente deberían entrar como componentes de la esfera del ser humano. Porque siempre existen en la estructura de la personalidad virtualidades e idearios que pugnan por obtener declaración jurídica acerca de su existencia y de que son inherentes a la dignidad humana. La persona despliega siempre confines abiertos de afirmación del ser y del espíritu, de cultura y de realizaciones; trátase, en suma, del inagotable *mirandum* de la condición humana (54). Por eso el menoscabo puede consistir, también, en negarle una prerrogativa a la que es acreedora, siquiera no hubiera sido antes formulada como derecho exigible, pero que lleva a revelarse como justa y pertinente. Piénsese, por ejemplo, en la Jurisprudencia francesa, que dispuso resarcimientos por responsabilidad civil a causa del *préjudice d'agrément*, consistente éste en la privación de las alegrías y satisfacciones propias de esparcimientos lícitos que, en ausencia de la lesión sufrida, el interesado habría podido disfrutar y cuya pérdida ha restado capacidad de encanto a su vida (55). Es que late siempre, operante y pugnaz, el dinamismo de la condición humana, dinamismo nunca colmado, rico en matices y designios como corresponde a la no acotable aventura existencial.

En la posición jurídica de la persona brotan y rebrotan de continuo exigencias, capacidades y aspiraciones que claman por puntuales

(54) Cfr. PIEPER: *Defensa de la filosofía*, Barcelona, 1973, p. 120.

(55) *Vid.*, entre otras decisiones jurisprudenciales: París, 25 de marzo de 1961, con nota de *Le Roy* (D. 1962), p. 136; París, 22 de enero y 14 de febrero de 1966 (Gaz. Pal., 1966, I), p. 295; Poitiers, 23 de diciembre de 1969 (Gaz. Pal., 1970, II), p. 13.

reconocimientos jurídicos, o al menos por actualizadas formas de protección respecto de nuevas amenazas o tecnologías. Entran ahí aplicaciones referentes a la plenaria defensa de la vida, a la educación en el seno de una familia, a seguridades que no son sino desarrollo de libertades concretas, así como otros múltiples y sucesivos requerimientos humanos que en serie abierta nunca dejarán de plantearse. De modo especial en las cercanías de las «nuevas fronteras» del tracto histórico aparecerán incesantemente circunstancias negativa o positivamente invocables que vendrán a determinar y recalcar nuevas parcelas problemáticas, como perspicazmente lo anunció la doctrina norteamericana en relación con las sucesivas novedades tecnológicas (56).

La defensa de la plenitud de respeto a la persona desvela así una estrategia de planteamiento tópico. Planteamiento tópico porque se ha de atender, en cuanto lesionables, a diversas áreas integradas en aquella plenitud. Son áreas que la experiencia señaló o señala como más propicias a sufrir lesión, o como de alcance más controvertido y polémico.

En la vida social de nuestro tiempo, informada por la técnica moderna, los riesgos asumen marcada especialización. De la misma manera que las conquistas son resultado de crecientes especializaciones de saberes, investigaciones, métodos y mecanismos, su vertiente de daño obra igualmente con proyección especializada; céntrase y afecta a unas u otras dimensiones integrantes de la plenitud o dignidad de la persona. De ahí que los derechos de la personalidad, al ser respuestas a esos requerimientos, hagan patente la diversidad de campos y localizaciones a que, respectivamente, se refieren; es decir, den lugar a una implantación por áreas.

El *nomen* calificativo de cada uno de estos derechos suele expresar, en efecto, un sector eventualmente lesionable o un mecanismo de penetración lesiva. Tal acontece, por ejemplo, cuando hablamos del derecho a la intimidad o a la propia imagen, o cuando nos referimos a nuestra integridad física, o al afirmar el derecho al descanso o al ocio, o al defender, frente a actos de desprestigio, una reconocida concepción profesional. Y así sucesivamente. Otras veces el área tópica de referencia viene determinada por la índole del riesgo que la determina, como ocurre con la contaminación o la energía nuclear, o mediante la impronta abusiva o intromisoria del concreto instrumental tecnológico que puede llegar a ocasionarla. Así, la protección frente a escuchas o penetraciones de la electrónica, hoy tan palpitante, indica de por sí cuáles sean las actividades proclives a la injerencia.

En definitiva, la unitaria posición jurídica de la persona no puede menos de reaccionar especializadamente frente a los especializados menoscabos que la amenazan. Por lo que los diversos derechos de la

(56) Como logrado exponente, *vid.* A. R. MILLER: *Personal Privacy in the Computer Age: the Challenge of a New Technology in an Information-Oriented Society*, «Michigan Law Review», 1969, pp. 1.089 y ss.

personalidad como proyecciones de aquella posición cobran faz peculiar y obtienen diferenciación apreciable a través de su respectiva radicación en unas u otras áreas. De este modo, el espacio o contenido propio de los mismos ha de puntualizarse desde el punto de vista del lugar de su ubicación, al menos de manera predominante, pues no cabe reseñar aquí fronteras rotundas, sino orientaciones de conjunto que no excluyen marginales solapamientos entre el régimen y el campo de unos y de otros derechos de esta índole, tanto más cuanto que todos ellos emergen y arrancan de una misma e indivisa razón inspiradora. De ese modo, puntualizaciones referentes a los «espacios afectados de una determinada posición», inscritas de antiguo en enseñanzas aristotélicas, tornan a reflejarse en modernos designios con renovada actualidad (57).

9. EN SU DESPLIEGUE ASUMEN PROYECCION TOPICA

En consecuencia, el modo adecuado de entender los derechos de la personalidad probablemente consista en considerarlos como tópicos fluyentes y expresivos de la posición jurídica de la persona, a la que vienen a dar efectividad.

Vienen a ser otros tantos cauces de reacción de la misma fuente a intromisiones o desconocimientos que se han revelado como más verosímiles y frecuentes. De ahí que tanto su fundamento como su designio práctico respondan a esencial inherencia en la posición jurídica personal, de la cual son dimensiones de ejercicio en particularizados aspectos.

En los derechos de la personalidad subyacen siempre exigencias de acoplamiento; acoplamiento entre las posiciones y áreas de unas y otras personas. Y, en consecuencia, la necesidad de criterios dirigidos a ese recíproco reajuste en el plano jurídico y en la convivencia social. Late el designio de que cada persona esté en su sitio y sea respetada en él; pero el lugar que le corresponde como trasunto armonizador que es de potencias espirituales no determina confines definitivos ni delimitados *a priori*, sino que refleja y traduce el dinamismo y la virtud expansiva de la dignidad humana.

Así se explica que en materia de derechos de la personalidad el papel de la Ley se traduzca en poco más que mera acogida de principios. Estamos aquí ante una gran aporía del momento actual del Derecho. La corta penetrabilidad práctica de las Leyes en una materia tan capital como son hoy los derechos de la personalidad. Incluso disposiciones dictadas con explícita voluntad de proporcionar un régimen completo y estable logran muy menguada expresividad reguladora, reducida, por lo común, a marcar directrices y a subrayar líneas de idearios. Es cierto que ciertas vertientes más definibles como son

(57) Cfr. BERGSON: *L'idée de lieu chez Aristote*, «Les Etudes Bergsoniennes», II, París, 1949, pp. 52 y ss.

los temas de legitimación activa y pasiva y sobre todo las de estricto carácter procesal alcanzan la deseable concreción. Pero en el orden sustantivo y civil parece como si el articulado legal fuera recéptaculo del que se hubiera evadido la dimensión existencial de las cuestiones. Las contingencias más apasionantes, las situaciones más intensamente humanas o de mayor peripecia en vano podrán encontrar reflejo o previsión, ni acaso comprensión de la concreta tesitura vital. Acontece que la letra no logra retener el espíritu y la razón informante de los supuestos vividos; de modo que, al faltar a los preceptos la trama tupida retentiva de hipótesis y de supuestos que suelen ofrecer en otras ramas de la legislación, prodúcese filtración prácticamente total hacia el suelo de los principios. Y así, incluso con arreglo al orden del artículo primero del Código civil, desde el texto de la Ley ha de pasarse a la apoyatura ordenadora de los principios generales del Derecho, los cuales se aplicarán con todo su valor informante y configurador.

Ocorre, en rigor, que la Ley no es instrumento adecuado para colmar o expresar del todo la posición jurídica de la persona. La Ley no puede abdicar de su abstracción, pero la persona no puede abstraer su dignidad y su figura, y, sobre todo, no puede ser reconducida a un determinado supuesto de hecho legal por muy amplio que fuera, ya que implica y es constante hacerse y renovarse. Por eso, en materia de derechos de la personalidad las Leyes no pueden ser otra cosa que acogimiento y efectividad de principios.

En definitiva, existan o no Leyes reguladoras dictadas al efecto, la posición jurídica de la persona encuentra ordenación en el estrato de los principios. Principios generales que, al particularizarse en estrecha conexión con la singularidad existencial y las situaciones del ser humano, ofrecen valor de respuesta en el respectivo campo de cuestiones de que se trate. Y en razón de ese valor precisamente es como advienen y se erigen en derechos de la personalidad. Opera en éstos por lo mismo, un entronque tópico que les confiere radicación y sentido.

En su virtud tradúcense en criterios y argumentos pertinentes al problema concretamente suscitado, dotados de adecuación y razonable aptitud para proporcionar soluciones plausibles. Se surten al efecto de acarreo extraídos de las razones fundamentales más directamente aplicables, de exigencias de la naturaleza, de interpretaciones autorizadas, precedentes y analogías, e incluso de estimaciones obtenidas de la dogmática jurídica en cuanto congruentes con la resolución de las cuestiones. Pues, en rigor, su indicado entronque no repugna de la sistemática, sino de la sistemática cerrada. No se circunscriben a conceptos y normas estereotipadas; lejos de ello, mantienen a todos esos recursos en dinamismo siempre pujante. Expanden y superan cualquier hermetismo, pues en todos los factores que concitan insertan y vierten adecuación al ser de las personas y de las cosas, así como el componente prudencial que los reconduce hacia metas de razón práctica y los mantiene en una metodología esencialmente abierta. Componente que es, además, impulso y medio indispensable para

llegar a las decisiones operativas que reclama el mundo de lo agible, e igualmente para expresar y dar razón de los sucesivos desarrollos concretos que la plenitud de lo humano postula de modo incesante. Y ésa es, en definitiva, la estructura a que responden y la función que despliegan los derechos de la personalidad.

Presentan, sobre todo, impronta tópica en cuanto condensan criterios y señales ubicadores e indicativos de la posición jurídica personal. No la definen, la describen. No proporcionan conceptos ni delimitaciones de colmada exactitud, sino orientaciones de conjunto, indicaciones contrastables, directrices que gozan al efecto de reconocida anuencia. De suerte que, como acontece en la Ley referente a la Protección civil del honor, la intimidad y la propia imagen, dejan abiertas posibles determinaciones con arreglo a las ideas que prevalezcan en la vida social y conforme al proceder que cada persona mantenga acerca de sí, según sus actos y la línea general de su comportamiento. No enuncian precisiones rígidas, sino referencias pragmáticas en torno a una dignidad que se trata de actualizar, proteger y compaginar con la de los demás. Contienen y hacen patente una dialéctica autorizada en orden a guiar el acoplamiento entre los mutuos respetos y prerrogativas. Pautan acerca de la amplitud y razonable expansión del respectivo ámbito personal, habida cuenta de la materia y la ocasión de que se trate. De ese modo proponen y confieren autoridad a razones aptas para aportar armonización y sentido mediante ponderaciones apreciadas por certeza prudencial y no precisamente por deducciones abstractas.

La posición jurídica de la persona obtiene así matización doctrinal y jurisprudencial cada vez más pormenorizada, más definida y precisa acerca del contenido que le es propio, y asimismo respecto de las virtualidades que lleva implícitas. Pues a su núcleo reconocido como tal se añaden por ese camino nuevas puntualizaciones en calidad de cuestiones ya resueltas, en tanto otras permanecen cuestionables hasta poder obtener respuestas consolidadas.

De esta forma, la configuración de los concretos y nominados derechos de la personalidad no obedece a un apriorismo conceptual prefijado y excluyente. Estos se forjan sobre los desenvolvimientos mismos de la personalidad en su reacción respecto de acontecimientos, medios técnicos o planteamientos sociales que de modo cambiante la circundan y afectan. Por lo que el carácter de los mismos emana de la fluencia misma que los genera y les da sentido. Es la fluencia continua y nunca acabada de respuestas que la posición jurídica de la persona, por su misma vivacidad, suscita frente a las alternativas que sobre ella inciden en el curso histórico. En tal sentido, una de las calidades más egregias de la naturaleza humana consiste sin duda en esa virtualidad suya que la hace rebosar de continuo en niveles expresivos de la dignidad que le es propia y del respeto que se le debe.

Pero los cambios de horizonte y de circunstancias históricas replantean incesantemente los confines de ese respeto: suscitan nuevos problemas al desenvolvimiento y plenitud de la persona. Y es en estrecho enlace con esos contextos problemáticos, en respuesta a sus

interrogantes y nutridos de su propia dialéctica, como se forjan y se remodelan de continuo las formulaciones referentes a los diversos derechos de la personalidad.

10. INSTAN A PENSAR POR PROBLEMAS

En efecto, plasman como tales por dictados de la razón práctica, la cual, por cierto, no procede a la acción histórica del hombre, sino que la sigue y toma ocasión de ella. Conforme al viejo postulado de Vico, *verum et factum convertentur*, opera aquélla mediante la conciencia de lo cierto «que se ha alcanzado y se posee» (58); se aplica a cada nuevo requerimiento en muy estrecha conexión con la faz y hechura del problema surgido, a su medida, como solución aplicable por resultar ajustada y parecer razonable.

Los derechos de la personalidad instan así a pensar por problemas. Ello ocurre porque sus aplicaciones suscitan requerimientos predominantemente dinámicos. Desde luego, no hay lugar a una oposición esencial entre problema y sistema, la cual no existe en realidad. Pero es lo cierto que esta materia es escasamente propicia a construcciones estáticas y, en cambio, vivazmente proclive a la dilucidación cuestión por cuestión. Surgen éstas existencialmente, en tensión abierta de temas y aconteceres, al margen, por lo común, de previsiones normativas capaces de provocar encasillamientos. Los reajustes entre las posiciones jurídicas de unas y otras personas han de proveer aquí a designios frecuentemente personalísimos y atípicos, quizá imprevisibles, que alientan en el espíritu humano. De modo que las controversias planteadas pocas veces conducen a un mero subsumir sistemático de los hechos en la norma, sino que requieren la articulación de éstos mediante una coherencia expresiva. Como plásticamente se ha dicho, «el asunto mismo puede tomar la palabra» (59). De modo que se han de conjugar las posiciones y razones intervinientes e inducir desde ellas directrices que remitan a la totalidad de los posibles puntos de vista, a fin de que destaque la que debe prevalecer, o al objeto de disolver en tal contexto lo cuestionable o de reducir al menos su perfil problemático.

El problema presupone una mezcla peculiar de lo conocido y lo desconocido. El hecho de que distingamos entre sí los problemas demuestra que se sabe algo de la cosa por la que se pregunta; pero, al mismo tiempo, no es conocida, puesto que es buscada (60). En nuestro caso, trátase de problemas que por su misma índole escapan y no se avienen con previsiones dogmáticas preconcebidas. Porque la aventura humana, en su singularidad existencial, excede de cualquier apriorismo convencional. Con razón observó Geny que la vida está

(58) J. B. VICO: *Scienza Nuova* (ed. a cargo de F. Flora), 1957, II); K. O. APEL: *Die Idee der Sprache in der Tradition des Humanismus*, Bonn, 1963, p. 12.

(59) Cfr. GADAMER: *Wahrheit und Methode*, Tübingen, 1975, ap. 12, p. 463.

(60) HARTMANN: *Kleine Schriften*, III, 1958, pp. 22 a 50.

hecha de contradicciones y de atentados a la lógica. El razonar sobre el punto concreto controvertido, en tratándose de esbozar niveles de dignidad humana, repugna de cualquier sistemática cerrada: refiérese al alcance de una expansión, a la definición de unas metas de plenitud no susceptibles de venir previamente circunscritas. Es un razonar que ha de tomar en consideración distinciones mucho más complejas que las usuales en el menester habitual de los lógicos (61); ha de dar sentido a cada uno de los factores que juegan e intervienen en la circunstancia humana objeto de examen; su respectivo valor y repercusión, las exigencias y relaciones que implican, y ello con previsora comparación de los efectos que habrán de seguirse caso de adoptar una u otra de las posibles respuestas, a fin de optar por la más razonable. Esta habrá de incluir cuantas precisiones individualizadoras puedan conducir a aquilatar al máximo lo plausible y adecuado de la solución en todas sus facetas. En suma, los datos a cotejar y el modo de contrastarlos se extraen del problema mismo; no por deducción a partir sólo de axiomas abstractos, sino principalmente en perspicaz deshilar el nudo mismo de la cuestión, de modo pragmático, mediante inducciones certeras a partir de los extremos del mismo que parezcan asidero más propicio para destrincar y desatar.

Y en consonancia con esa actitud que subyace implícita, los derechos de la personalidad no expresan por lo común previsiones ni pormenores, sino orientaciones y sentidos; no se avienen a simplificaciones o a condensaciones extraídas del sistema, sino que han de asumir el problema en todas sus implicaciones y aspectos (62). Se refieren a hipótesis abiertas a despliegues y a la adición de circunstancias, consideraciones e interrogantes vitalmente añadidos que completan o varían el sesgo del planteamiento total. Planteamiento que no por esas adiciones ha de romper su unidad ni experimentar solución

(61) Cfr. TOULMIN, *op. cit.*, 9, donde afirma: «... The form of analysis arrived at is decidedly more complex than that which logicians have customarily employed, and forces on us a number of distinctions for which the normal analysis leaves no room...».

(62) Así, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1984 ofrece expresivo contraste entre la deducción sistemática y la visión problemática. Se había omitido en la Guía Telefónica el nombre de un profesional que había contratado el correspondiente abono con la Compañía. La Audiencia, a falta de prueba previa de la cuantía del daño sufrido, denegó el rescarcimiento al ceñir la cuestión a la premisa «el solo incumplimiento no genera la obligación de indemnizar». Pero el Tribunal Supremo aborda el problema en su plenario planteamiento y declara que se debían haber sacado las derivaciones normales de ese incumplimiento, «sin refugiarse en la estricta literalidad de aquella tesis negativa [...], con más razón en los supuestos de daños inmateriales o relativamente patrimoniales o indirectos, tales la fama, el prestigio, la nombradía profesional, la permanencia en el ejercicio de una actividad dependiente de clientela y anunciada mediante la normal publicidad [...], como era la realizada en la Guía Telefónica [...], con la natural repercusión que ello entraña en punto a la incertidumbre de su baja o cesación profesional; por lo que [...], vista y probada la omisión negligente del nombre y datos del abonado [...], no cabe olvidar su natural consecuencia, so pretexto de la indeterminación, prueba y producción económica del perjuicio cuando esa dificultad puede ser superada por los elementos probatorios que se ofrecen en el pleito [...] o en fase de ejecución de sentencia».

de continuidad, sino que aún entonces mantendrá la plenitud de sus interrelaciones y el significado de todos sus requerimientos, por mucha que sea su complejidad. Pues, en definitiva, opera el designio de responder a eventualidades concretas a base de valorar designios humanos precisamente en su encontrada y quizá singularísima confluencia.

El propio contexto problemático del que emergen hace que los diversos derechos de la personalidad ofrezcan en su propia directriz ordenadora como característica común una marcada tensión dialéctica. En las formulaciones o descripciones de los mismos llevada a cabo bien por la jurisprudencia, bien por la legislación, e incluso por la doctrina, se aprecia implícito un consustancial sentido de la proporción. Trátase de una mensura siempre operante en los mismos. Así, a mayor repercusión sobre el interés general del cometido a que cada uno sirve, por ejemplo, en cargos de la primacía política, menores restricciones cabrá poner a la publicidad de los designios realmente albergados. A más ostentosos actos de comportamiento personal, más estrecho círculo de vida privada habrá de restar. A más consumadas denigraciones del propio honor, menos cabales defensas restarán en orden a mantener una conceptualización social relevante. Circunstancias distintas en cuanto a lugar, tiempo u oportunidad de acción u omisión, determinan variaciones significativas en el alcance o en el contenido del respeto que a cada uno es debido. De este modo, al ir forjándose, los derechos de la personalidad incorporan esencial sentido de la medida. Su mismo carácter determina que sean susceptibles de un más o de un menos.

Llégase así al interrogante, siempre pendiente, acerca de qué es «lo suyo»; el *suum* que en exigencias de justicia corresponde dar a cada uno. Cuestión ésta esencialmente problemática, y que comunica tal carácter a todas las que de ella derivan. Pues trátase de un «suyo» en modo alguno delimitado definitivamente, sino en constante revisión. Si consistiera en elementos patrimoniales incluidos en el tráfico económico sería quizá hacedero señalar ciertas titularidades y trazar delimitaciones al respectivo dominio. Pero referida a los derechos de la personalidad, que vienen a actualizar y hacer efectiva una plenitud de ser y de estar, de dignidad, eso no es posible. Sencillamente porque esa plenitud incorpora de continuo nuevas componentes y precisiones, como asimismo nuevos puntos de vista. Pues cada problema resuelto supone conquistar nuevos horizontes interpretativos (63).

Los problemas inherentes a los derechos de la personalidad consisten así en saber y puntualizar lo que corresponde a la persona en contingencias específicas y concretas. Mediante particularizada consideración de éstas habrán de hacerse los planteamientos que permitan examinar, comparar y determinar lo que no concuerda, a fin de resaltar lo que encierra razones de fundamentalidad más significativa y preponderante, y, de ese modo, alcanzar comprensiones globales que

(63) GADAMER, *op. cit.*, p. 370.

luego la interpretación hará explícitas. Genéricamente, el sentido de lo humano, el sentido común, apronta claridades orientadoras. Pero la claridad no es algo absoluto. *Clarity always means clear enough* (64). Especialmente al eclipsarse unos a otros, por contraposición, los respetos, prerrogativas o intereses recíprocos. Porque la personalidad en el orden jurídico despliega e incluye la dimensión de alteridad, no siendo suficiente la consideración del ser humano en su racionalidad subjetiva aislada, en cuanto «yo» único, *der Einzige*, como pretendió Stirner (65), sino que implica su proyección respecto de los otros, quienes de esa forma, en su respectiva cualidad unificadora de relaciones, delatan una posición jurídica personal, posición jurídica que los derechos de la personalidad están llamados a expresar en su preciso alcance. Alcance siempre en consonancia con las específicas situaciones en que la persona se encuentra, ya que ésta busca alcanzar metas o crearse a sí misma en el ejercicio de su libertad (66). De modo que es en esta vertiente relacional donde fundamentalmente se entrelazan y confrontan las diversas proyecciones personales, determinando colisiones e incógnitas, y donde se ha de proceder a despejarlas. El problema suele ser así, por lo común, una cuestión de ponderación, de mensura recíproca, de contraste (67).

Mediante su contraste tópico, es decir, al situarlas en función de su reajuste sobre el plano de lo que es razonable, las posiciones personales que han entrado en colisión hacen patentes adecuaciones e inadecuaciones, diferencias de mayor o menor fundamento, y de esa manera inspiran y sugieren directrices pragmáticas acerca del criterio a seguir, argumentaciones persuasivas sustentadas en apreciaciones obvias, en experiencias y en estimaciones prudenciales. De ese modo, las cuestiones fácticas nunca vienen a ser dialécticamente inútiles (68). Lejos de ello, el planteamiento problemático se hace cargo de su significado real. La tópica, en efecto, al decir de Vico, es el arte «dell'orazione copiosa». Y en esto se diferencia del silogismo que no recorre sino una dirección en línea recta, olvidándose de lo que se halla fuera de su recorrido, mientras que las posibilidades que la tópica debe abarcar, y tiene en cuenta, son mucho más extensas, ya que se extiende a todas las dimensiones y debe examinar todos los posibles planos (69).

Es una copiosidad apreciativa que está en consonancia con el dinamismo requerido por la posición jurídica de la persona. Requiere

(64) WHITEHEAD: *Remarks*, «Phil. Review», 46, p. 179.

(65) Vid. STIRNER: *Der Einzige und sein Eigentum* (ed. 1903), pp. 35 y ss.; BASCH: *L'individualisme anarchiste: Max Stirner* (ed. 1904), así como E. HORN: *Max Stirners eitlicher Egoismus*, 1907.

(66) LEGAZ: *Filosofía del Derecho*, Barcelona, 1972, pp. 730 y 731.

(67) BRÉHILER: *La notion de problème en philosophie*, «Théorie», XIV, pp. 1-7; AUBENOUE: *Le problème de l'être chez Aristote*, París, 1962, pp. 443 y ss.

(68) Vid. FERNÁNDEZ-CARVAJAL: *El lugar de la Ciencia Política*, Murcia, 1981, pp. 300 y ss.

(69) Cfr. VALLET DE GOYTISOLO: *La jurisprudencia y su relación con la tópica en la concepción de Giambattista Vico*, cit., pp. 871 a 873.

ésta captar y acoplar nuevas concreciones en respuesta a retos nuevos. Es la vida misma que expande reacciones frente a hipótesis cambiantes. Su virtualidad no se agota, pues está presente en ella la creatividad del espíritu. Este de por sí es difusivo, de suerte que hace lucir como razonables y justos respetos y aspiraciones que las nuevas circunstancias sugieren sucesivamente, y que la ontología de la persona evidencia como incluidas en su dignidad.

El mundo de la persona no es estático: se mueve en un continuo dar y recibir; dar sentido y unidad a la realidad es tarea constante, porque la realidad no se nos da de una vez para siempre, sino envuelta en los acontecimientos y en el devenir (70). En cada persona el mundo adquiere un nuevo sentido. Por eso se ha dicho, con razón, que el significado de la persona constituye en el orden jurídico incesante criterio de interpretación extensiva (71).

11. SUSCITAN PONDERACIONES DE CARACTER ARGUMENTAL

Pero, por otra parte, la tensión dialéctica propia de los derechos de la personalidad hace que las formulaciones referentes a los mismos, bien sean de origen legal, jurisprudencial o doctrinal, plasmen en versión marcadamente argumental. Ciertamente que todas las enunciaciones jurídicas incluyen este carácter. Pero en la materia que nos ocupa, al implicar acoplamiento de criterios mucho más que de estrictos tenores literales, esa característica resulta especialmente sobresaliente y cargada de consecuencias.

La determinación de confines entre los derechos que entran en colisión no es aquí susceptible de puntualizaciones por referencia a linderos materiales. Al tratarse de relaciones de vecindad entre predios, el deslinde viene indicado por hitos o mojones que son señales designativas de la respectiva colindancia (72). Estamos entonces ante una tópica materializada. Pero en la esfera moral de la personalidad no hay lugar a contrastar certidumbres por evidencia tangible, de modo que se ha de buscar la certeza prudencial. Ello requiere una delimitación discursiva o ponderativa, a obtener mediante madura apreciación, dirigida a esclarecer y atinar en dónde se encuentra el confín prudencialmente estimable, esto es, mediante una tópica argumental.

Manifestaciones evidenciales de esta tópica se aprecian, con vivo contraste respecto a cualquier materialización, en las más modernas formulaciones de la *Privacy*. La tradicional referencia al contorno físico de la casa o morada como reducto de la intimidad personal o fa-

(70) SUANCES MARCOS: *Max Scheler, Principios de una ética personalista*, Barcelona, 1976, p. 29.

(71) MESSINETTI: *Personalità (diritti della)*, «Enciclopedia del Diritto», XXXIII, 1983, p. 383.

(72) HERNÁNDEZ GIL: *Las relaciones de vecindad en el Código civil*, Madrid, 1985, pp. 117 a 122.

miliar ha venido a ser del todo insuficiente. Mecanismos electrónicos pueden atisbar a la persona allí donde se encuentre. Los avances de la informática y los «bancos de datos» referentes a usuarios de servicios técnicos o, en general, a circunstancias y actividades de los ciudadanos, llevan asimismo la defensa de la intimidad a la frecuente necesidad de habérselas con otros derechos invocados acaso por dependencias administrativas como medio necesario para el eficaz cumplimiento de sus fines. De modo que la localización sobre el ámbito físico del inmueble en donde se reside ha dejado de acotar en exclusiva el círculo de lo íntimo. Ha pasado el mismo a concebirse como entorno inmaterial, o más bien espiritual, en certera expresión de Bloustein (73), a modo de inherencia moral de respeto que siempre circunda y acompaña a la persona. Ahora bien, por lo mismo que tal área de dignidad no es físicamente demarcable, su alcance habrá de establecerse prudencialmente.

Igual ocurre con el ruido. Imposible pretender vivir sin molestia alguna. Pero insufribles los ruidos que llegan a ocasionar incluso alteraciones de la salud. La divisoria entre lo que razonablemente se debe soportar y aquello otro que se tiene derecho a impedir no es susceptible de fijación general exacta, cuantificada. Aunque el nivel de sonoridad pueda medirse hoy día con exactitud, la determinación de lo que jurídicamente constituye agresión a la esfera ajena habrá de matizarse, habida cuenta de cuál sea y a qué se dirige la actividad generadora y el grado de la molestia (74).

Asimismo, en punto a «calidad de vida», el principio de no degradación del medio ambiente es una exigencia jurídica de orden público, pero las aplicaciones concretas requieren, como gráficamente se ha dicho, «hacer balance» de los pros y los contras que en cada caso se presentan en orden a aprobar o rechazar una iniciativa de establecimiento industrial, aun presentada como socialmente beneficiosa (75). La decisión implica así un juicio práctico sobre el peso y el valor respectivo de unas y otras razones.

(73) BLOUSTEIN: *Privacy as an Aspect of Human Dignity: an Answer to Dean Prosser*, «N. Y. U. Law Rev.», 1964, pp. 962 y ss. Sobre la cuestión, *vid.*, asimismo, el sugestivo trabajo de GEREY: *Redefining Privacy*, «Harv. Civ. Rights-Civ. Lib. L. Rev.», 1977, pp. 233 y ss.

(74) *Vid.* sentencia del Tribunal Supremo de 9 de abril de 1985, que da lugar a indemnización por perjuicios personales sufridos por la actora, a causa de ruido producido por la circulación rodada. La Sala *pondera* el hecho alegado de que la desviación del tráfico acordada por el Ayuntamiento era ineludible, frente a las alteraciones físicas y psíquicas sufridas por la recurrente, para llegar a la conclusión de que aquella circunstancia no enerva la obligación de resarcir.

(75) CABALLERÓ: *Essai sur la notion juridique de nuisance*, París, 1981, p. 93, donde da noticia del «Arrêt Ville Nouvelle Est», de 28 de mayo de 1971, en el cual el Consejo de Estado francés introduce *le principe du bilan*, principio que en otro caso posterior (de 20 de octubre de 1972) aparece igualmente recogido, toda vez «qu'une opération ne peut être déclarée d'utilité publique que si les atteints à la propriété privée, le coût financier et éventuellement les inconvenients d'ordre social ou l'atteinte à d'autres intérêts publics qu'elle comporte, ne sont pas excessifs au égard à l'intérêt qu'elle présente».

Tales estimaciones despliegan confrontación muy específica y canalizada en el caso de que las directrices o las normas jurídicas insinúen una prevalencia de algún derecho de la personalidad sobre otro. Pues entonces el razonamiento se orienta a mostrar que se está en la hipótesis prevista y a evidenciar con argumentos a mayor abundamiento lo razonable y justificado de la preferencia normativamente establecida, como acontece, por ejemplo, en los muy frecuentes supuestos de encuentro polémico del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen, con la invocada libertad de información y el derecho a saber (76).

Ocurre, en definitiva, que los derechos de la personalidad, al implicar reajustes entre los que asisten a unas y a otras personas o entidades, reajustes de imposible deslinde por hitos materiales, han de significar y dar lugar a hitos argumentales. El confín o confines recíprocos se obtienen así mediante ponderaciones de *prudencia iuris*. Pone ésta en juego de modo decisivo la capacidad de apreciar objetivamente las realidades que conciernen a la acción humana y a la dignidad de la persona a fin de hacerlas normativas según su índole e importancia (77).

Esta dialéctica argumental no es fruto de preconcebida cautela, sino que la propia materia no se presta a otra cosa. La posición jurídica de las personas supone considerar la alteridad, la reciprocidad, el particularismo de la situación. Por lo que, según las hipótesis, suscita variables razones. Estas hablan por sí y afloran en cuanto se precise elaborar un texto apto para reflejar y conferir ordenación adecuada a la cuestión de que se trate. Tal, por ejemplo, la Ley española de 5 de mayo de 1982, cuya exposición de motivos presupone que la esfera del honor, de la intimidad personal y familiar y del uso de la imagen esté determinada de manera decisiva por las ideas que prevalezcan en cada momento en la sociedad y por las pautas de comportamiento de la propia persona. O cuando jurisprudencialmente se declara: «Para que exista violación del principio de igualdad es preciso que el tratamiento desigual esté desprovisto de una justificación objetiva y razonable, y en cuanto son distintas figuras, el dotar de un mayor contenido a la adopción plena y equipararla a la filiación por naturaleza no significa para los adoptados de forma simple una discriminación» (78). Las diversas posiciones jurídicas correspondientes

(76) «La crítica periodística [...], a cuyo cuidado se hallan confiados intereses de indudable trascendencia social o comunitaria, y que constituyen una exigencia pragmática indispensable [...], se halla limitada por el correlativo deber de respetar el patrimonio moral del enjuiciado o criticado, que constituye uno de los sagrados derechos de la personalidad y como tal acreedor a la debida protección civil y penal [...]». (S. de 8 de junio de 1979.) Ponderaciones jurisprudenciales de muy minucioso planteamiento en línea similar encuéntranse, entre otras muchas sentencias referentes a la libertad de prensa y derecho a informar que compete al periodismo, en las de 20 de diciembre de 1977, 24 de julio de 1982, 9 de diciembre de 1982, 26 y 29 de enero de 1983, 3 de mayo de 1983, 31 de diciembre de 1983 y 10 de abril de 1984.

(77) Acerca de la «puesta en juego de criterios ponderativos», *vid.* sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 31 de octubre de 1983.

(78) *Cfr.* Tribunal Constitucional, sentencia de 4 de mayo de 1983.

a personas distintas originan razones peculiares no susceptibles de la misma unidad de medida. Contrapuestos derechos de la personalidad ofrecen así base tópica de la que brotan razones arguyentes, con frecuencia encontradas, que evidencian la necesidad de recíproca mensura y armonización. Los argumentos bullen en las fórmulas expresivas de cada uno de estos derechos a los cuales mantienen en constante tensión hermenéutica. Esta tensión subsiste incluso cuando los textos legales les confieren consideración de derechos fundamentales. De modo que aun entonces las opciones últimas requerirán, en múltiples supuestos, complementaria tarea de reajuste y esclarecimiento jurisprudencial. En suma, vienen a configurar *sedes materiae* donde se hallarán criterios para sustentar protección y atinar acerca del recíproco respeto y prerrogativas que son inherentes a la condición humana en el caso de que se trate.

Las enunciaciones del contenido y alcance de estos derechos se nos presentan así como *loci argumentorum* en orden a perfilar y defender la posición jurídica correspondiente a la persona. Sirven de base argumental para la definición y defensa de su plenitud en el sector a que concretamente se refieran. En ellas se habrán de buscar y encontrar razones dialécticas y persuasiones específicas acerca de las cuestiones prácticas que se susciten. Y de este modo cabrá establecer sucesivas puntualizaciones acerca del alcance mayor o menor, de la inclusión o no inclusión de puntos y contingencias concretos dentro del área de protección inherente a la persona. Tal es, probablemente, desde el punto de vista metodológico, la consideración adecuada del cometido o función a que han de responder las enunciaciones legales, jurisprudenciales o doctrinales de los derechos de la personalidad.

No necesitan las mismas ofrecer puntualizaciones del todo acabadas, sino, muchas más, criterios congruentes con exigencias intrínsecas de la personalidad. No mandatos de circunscrita y cerrada literalidad, sino exigencias del ser humano expresadas en forma de regla. Pautas directivas de un respeto y del mantenimiento de una dignidad a través de las vicisitudes por donde ha de trashumar la plenitud de lo humano. Por eso mismo, no sólo son soporte de argumentos, sino argumentos en sí mismas. Argumentos dirigidos a señalar campos de recíproco respeto y directrices de la expansión inherente al espíritu humano. Se trata, por lo común, de vigilar extralimitaciones y de resolver acerca de la extensión o no extensión de la esfera de la personalidad hasta la zona o atributo objeto de controversia.

12. INTENSIFICAN LAS CONSECUENCIAS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

De ahí que tenga tan significativo valor la idea de intromisión. Es ésta, en sí misma, por su propio sentido, una idea tópica, pues hace referencia a unos confines, siquiera inmateriales, siquiera de fijación prudencial, que resultan vulnerados, traspasados. Expresa la acción

de introducirse sin derecho en una dignidad, jurisdicción, oficio o propiedad. Pero en el Derecho civil de daños cobra peculiar valor en cuanto injerencia en la esfera moral de otro, como incursión lesiva en una integridad espiritual y de dignidad que se debe respetar. La noción ha encontrado, tradicionalmente, aplicaciones concretas en el delito de intrusismo profesional. Pero es evidente que en materia de derechos de la personalidad encierra un valor general, susceptible de apreciarse allí donde resulte invadido por un tercero el círculo de respeto y de prerrogativas inherente a la personalidad. Así, en la Ley de Protección civil del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, artículo séptimo, se enumeran diversos supuestos de intromisiones ilegítimas, todos los cuales suponen traspasar «el ámbito protegido», sustraer o desvelar elementos del mismo. Trátase siempre de variadas formas de penetración y quebrantamiento de las fronteras del entorno de dignidad propio de la persona.

En sede litigiosa, la intromisión ilegítima arguye, en definitiva, una extralimitación abusiva del demandado. Su presencia injustificada, su actividad dominativa, su intervención activa en una zona que en modo alguno le corresponde. A evidenciar tal vulneración habrá de orientarse tanto la prueba como el razonamiento del demandante. Razonamiento consistente en hacer patente y señalar la incursión perpetrada. Actividad ésta de marcado carácter monitorio, de denuncia tópica.

La tópica de la intromisión se esclarece sobre la base de que todo el Derecho de daños tiene como objeto propio la protección de la esfera jurídica de la personalidad considerada en su plenitud; esto es, abstracción hecha de las defensas peculiares correspondientes a los distintos derechos que compongan o se integren en tal esfera. Porque para recabar, por ejemplo, la propiedad de una cosa incluida en el cúmulo del patrimonio se dispondrá de la acción reivindicatoria, o de las confesorias si de servidumbres se tratara, y así sucesivamente. Pero al defender la plenitud como tal, entrará en juego la acción por daños dirigida genéricamente a obtener el resarcimiento de cualquier menoscabo. Pues al exigir responsabilidad civil lo que se defiende es, precisamente, la integridad de esa plenitud, cuya reposición procura en caso de perjuicio injusto. Ahora bien, al afectar al patrimonio moral de quien sufrió la lesión, el menoscabo se especifica en calidad de agravio.

Es éste un vocablo de fuerte raigambre, de intensa fuerza dramática en nuestras letras clásicas, en donde aparece propio al matiz (79), modernamente recogido en el Código penal, especialmente

(79) Especialmente frente a la *afrenta*: «[...] la afrenta viene de parte de quien la puede hacer, y la hace, y la sustenta; el agravio puede venir de cualquier parte [...]. Cfr. *Don Quijote de la Mancha*, parte II, cap. XXXII. En cambio, ofrece mayor coincidencia con el «tuerto». SEBASTIÁN COVARRUBIAS, en su delicioso *Tesoro de la lengua castellana*, hizo notar que «de este término usan mucho las escrituras castellanas antiguas y particularmente las Leyes de Partida». «Tuerto» o «entuerto» son resultado de «entortar», o sea, dejar tuerto o malparado a alguien en su ser o en su estima, siempre por derivación del «torquere» latino; de él procede, asimismo, el «Tort» británico.

cuando ordena la indemnización de los perjuicios causados al agraviado y a los terceros. Ultimamente, la referida Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona le presta acogida en un sentido que busca ser genuino (80). Pues ocurre que, no obstante la parangonable y genérica asimilación a efectos prácticos con el perjuicio, bascula éste expresivamente hacia la vertiente patrimonial, en tanto el agravio lo hace hacia la de carácter espiritual, al significar la palabra o acción que hiere a otro en su dignidad. De agravio se trata, en efecto, en las más comunes incidencias que afecten a derechos de la personalidad, pues tales derechos actualizan una dignidad, la cual clama por la más eficaz y rápida reacción inhibitoria frente a cuanto venga a conculcarla; requiere satisfacción, providencias expresamente excluyentes del proceder lesivo, e inmediata reposición de la persona en el respeto y en las prerrogativas que le son propias.

Por eso los derechos de la personalidad reportan intensidad de consecuencias a la responsabilidad civil, al acarrear hacia la misma e incorporar a su régimen una efectividad concluyentemente propia de la satisfacción de agravios. El artículo 1902 del Código civil, en las hipótesis a que se refiere, establece la obligación de reparar el daño causado. Pero del artículo 9.2 de la Ley de Protección civil del honor, la intimidad y la propia imagen, resulta, además, que la tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, así como para prevenir o impedir intromisiones ulteriores. Entre dichas medidas podrán incluirse las cautelares encaminadas al cese inmediato de la intromisión ilegítima, así como el reconocimiento del derecho a replicar, la difusión de la sentencia y la condena a indemnizar los perjuicios causados.

Esta adición legal de efectos no constituye, en rigor, verdadera novedad, pues ya venía declarada por nuestro Tribunal Supremo. Pero conviene recalcar que brota, probablemente, por la confluencia del resarcimiento material con la reparación de los agravios a la persona. Así, la sentencia de 7 de febrero de 1962 declaró que en el Derecho patrio están incluidos en la acción de resarcimiento establecida por el artículo 1.902 del Código civil, las lesiones contra el honor, según ha reconocido muchas veces la Jurisprudencia; señalando que esa tutela en vía civil es amplia, debiendo abrazar todas las manifestaciones del sentimiento de estimación de la persona, y otorgar al ofendido no sólo el poder de accionar contra el ofensor para el resarcimiento de los daños, sino también la facultad de hacer cesar, si es posible, el acto injurioso y de hacer reprimir el medio con el que el mismo haya sido realizado y pueda ser divulgado, y precisamente porque se trata de la tutela de la integridad moral, que es un derecho de la personalidad, la acción civil encuentra buen fundamento aunque se dirija tan sólo a obtener el reconocimiento de la ilicitud del compor-

(80) *Cfr.* Ley 62/1978, de 26 de diciembre, art. 4, n.º 5.

tamiento del ofensor. Y, de modo expreso, la muy lograda de 10 de diciembre de 1980 señala que «*la necesidad de poner término a la producción dañosa ha de ser calificada como efecto jurídico del agravio, y en tal sentido si ya añejas resoluciones de este Tribunal han dado viabilidad a la acción de condena a la adopción de las medidas necesarias para evitar la continuación de las intromisiones ilícitas [...], otras posteriores declaran que la protección de los derechos no se contrae a la reparación de los perjuicios ya originados, sino que han de extenderse a las medidas de prevención que razonablemente impidan ulteriores lesiones*» (81).

De este modo, el ejercicio de la responsabilidad civil, además de la dimensión dirigida al resarcimiento, abarca, eventualmente, la orientada a impedir nuevas perturbaciones y despojos, a restituir al perjudicado a la situación previa a la lesión sufrida, así como a prevenir ulteriores intromisiones mediante explícitas cautelas conminatorias. Efectos muy cercanos a los de la tutela interdictal aparecen así sobrepuestos en las acciones recabatorias de responsabilidades civiles. Con la particularidad digna de reseñarse de quedar abierto asimismo el cauce de la llamada acción de jactancia, de mero carácter declarativo acerca de la ilicitud de una conducta, siquiera no se hubieran producido perjuicios resarcibles. Mediante la misma se conminará al demandado a que interponga las acciones correspondientes a la inactiva que hubiera proferido contra el demandante, aportando la correspondiente prueba, con apercibimiento de que, si no las interpone, se le condenará a «perpetuo silencio» respecto de la denigración objeto de controversia.

Pero no acaba aquí la intensificación de consecuencias operada en la responsabilidad civil por la virtud misma del respeto que merece el área moral de la personalidad ajena. Deben reseñarse en tal sentido otras dos manifestaciones de señalada importancia. De una parte, la mengua del significado de la culpa del agente y, de otra, la presunción de daños efectivos.

En un contexto social en que la responsabilidad objetiva gana terreno de día en día, la culpa, como tal, tiende, sin lugar a dudas, a perder mucho de su tradicional valor como presupuesto independiente. Pero, a pesar de ello, las decisiones jurisprudenciales referentes a daños patrimoniales, siquiera sea para diluirla en otros factores intervinientes, suelen ofrecer consideraciones nimiamente calibradas acerca de la misma. Y esto es lo que no sucede, o sucede en mucha menor proporción, al tratarse de daños morales. Los atentados a la dignidad de la persona suelen ser apreciados sin apenas plantear ni considerar la actitud subjetiva de quien los generó. Y se comprende que así sea, pues la expoliación de la dignidad ajena es acaecimiento que se centra en el agraviado, respecto de cuya posición jurídica habrá de apreciarse. Toda difamación se constata por la pérdida de conceptua-

(81) Esta importante sentencia cita e invoca las de 28 de junio de 1913, 24 de febrero de 1928, 23 de diciembre de 1952, 5 de abril de 1960 y 14 de mayo de 1963.

ción objetivamente inferida a otro, lo cual contraviene al principio *neminem laedere*, de fuerte que encierra antijuridicidad *per se*. Si se examinan las más expresivas sentencias civiles dictadas por nuestro Tribunal Supremo en materia de atentados a la dignidad ajena, desde la muy conocida de 6 de diciembre de 1912 hasta las más recientes, aun sin dejar de sustentar en la mayoría de los casos su razonamiento en el artículo 1.902 del Código civil, apenas o escasamente encierran ponderaciones acabadas acerca de la culpa subjetiva de quien provocó el correspondiente agravio.

La antijuridicidad de la difamación aparece asimismo reconocida de modo virtualmente unánime en el Derecho Comparado bastante al margen de reflexiones averiguativas acerca de la presencia de culpa (82). Se entiende que existe difamación desde que se haya causado a otro un menoscabo de su reputación apreciado con arreglo a criterios tan objetivos como son el buen juicio de las personas razonables y el sentido u opinión común dominante en el medio social de que se trate (83). Es especialmente elocuente en este sentido la tradición anglosajona, en la cual las diversas acciones por difamación, tanto de *libel* como de *slander*, ofrecen de común, en principio, la ausencia de examen acerca de la intención del ofensor, ya que aun las originadas por sentimientos de compasión determinan responsabilidad si efectivamente causan desmerecimiento en el concepto público (84).

Responde ello, en definitiva, a que el agravio a la estima o concepción de la persona no opera mediante percusión inmediata, sino mediata, por previa penetración en el contexto social, contexto del que pueden formar parte componentes ciertamente imprevisibles y en función del cual se consume y se mide el desdoro; pero con la particularidad de que tal penetración tiene lugar objetivamente, al tratarse de un hecho que tiene como destinatario al público como tal. Y sobre todo porque en esta materia la pérdida sufrida en lo esencial de su persona por el agraviado es tan vehemente que acarrea la apreciación de cuantos subjetivismos pudieran entrar en consideración, al menos en un primer examen del punto debatido, *in limine litis*. Estamos así ante una tendencia muy significativa en el actuar de la responsabilidad civil, pues implica una cierta abstracción de la idea de culpa, abstracción que acentúa la debilitación de este requisito que la teoría del riesgo creado había traído a la dinámica de la responsabilidad civil.

(82) MCGREGOR: *Personal Injury and Death*, loc. cit., cap. 9.

(83) Suele citarse en la Jurisprudencia británica el conocido *dictum* del Juez ATKIN, síntesis descriptiva de la «Defamation»: «[...] would the words to lower the plaintiff in the estimation of right-thinking members of society generally» (*Sim. v. Stretch*, 1936, «All England Law Reports»), p. 1.237; así como referencias a otros paradigmas igualmente objetivos: «Ordinary decent folk in the community taken in general» (*Gardiner v. Fairfax*, 1942, «State Reports», New South Wales), p. 172.

(84) Véase GATLEY: *On Libel and Slander*, 1960, números 275 y ss. Tendencia de alguna manera mitigada en ciertas hipótesis por la *Defamation Act*, de 1952, en las cuales se permite al presunto difamador formular una «offer of amends», o publicación rectificadora por el mismo medio y forma con que se causó el agravio.

Pero, por otra parte, irrumpe la presunción de mediar daños efectivamente causados. La Ley de 5 de mayo de 1982, artículo 9.3, señala que «la existencia del perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido. También se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión». El área de respeto inherente a la persona no es, en efecto, un vacío en el que pueda penetrarse impunemente, sin perjudicar, sin producir fisuras, sin desplazar contenidos ni causar menoscabos. Por el contrario, es un área repleta de calidades y de dignidad, pues rebosa plenitud. De modo que el perjuicio, en principio, es consecuencia de la mera incursión. Porque siempre habrá, al menos, un espíritu hollado, a más de las denigraciones específicas que por lo común se habrán producido en los sentimientos, en el mundo interior o en la concepción social del agraviado. De ahí que tenga pleno sentido en todo caso de intromisión ilícita presumir la existencia de perjuicios resarcibles. Lo cual es de capital importancia para el moderno Derecho civil de daños. Pues si las presunciones de culpa redundaron en muy significativa evolución de esta rama jurídica, las de daños apuran al máximo la progresión de la misma hacia aún más avanzadas metas. La responsabilidad civil que ha venido basada en una inquisición analítica de los presupuestos legalmente establecidos al efecto, tiende así a evolucionar hacia apreciaciones prudenciales en las que los juicios de conjunto y quizá de equidad, e incluso de intuición global, propenden a sintetizar, superar y sustituir al examen pormenorizado de cada uno de sus tradicionales pilares de apoyo, como tan frecuentemente se aprecia en nuestra Jurisprudencia.

Pero importa ahora mostrar que, además de ese incremento en intensidad, los derechos de la personalidad traen a la responsabilidad civil un notable aumento de su extensión, es decir, de la temática que le está confiada.

13. EXPANDEN EL CAMPO DE LOS DAÑOS CIVILES ATÍPICOS

Por lo mismo que no se encuentran definidos con cartesiano rigor, sino explicados a modo de criterios referentes a contingencias variables, expresión de un espíritu mucho más que de una letra, los derechos de la personalidad expanden de continuo su presencia y aplicabilidad a nuevos niveles y campos de problemas. De ese modo extienden de continuo el campo de los daños resarcibles. Pues hacen patentes nuevos sectores y contornos de la esfera personal que, caso de sufrir menoscabo, han de ser afirmados y protegidos mediante las indemnizaciones pertinentes. Es una dialéctica que lleva aparejada tensión abierta, la cual redundará en matización y ensanchamiento operativo de la responsabilidad civil.

De cada núcleo de cuestiones parten y se ramifican nuevas vetas determinantes de otras tantas líneas de avance y de sucesivas aplicaciones. Lo cual acontece en la experiencia jurídica de todo el mundo occidental. El honor, centrado primeramente en la persona como tal, aplícase asimismo a sus actividades profesionales, artísticas y comerciales. La identidad, antes referida al derecho al nombre, propende en la Jurisprudencia comparada, especialmente en la estadounidense, a eventuales expansiones protectoras frente a la peculiar manera de ser vista la persona por la opinión común (85); con la particularidad de haberse suscitado tal cuestión incluso en planteamientos relativos a la línea de conducta en la vida doméstica (86), o acerca de si se ha actuado como particular o como agente público (87), o respecto de la asignación inexacta de una determinada militancia política (88), o al caso de un deportista aficionado que al ser presentado como profesional dedujo litigio muy invocado posteriormente (89). La integridad física tradicionalmente referida a mutilaciones funcionales abarca ahora incluso alteraciones de índole emocional (90). La protección de la salud, cifrada en otro tiempo en la prevención epidemiológica, refiérese hoy a la calidad de vida, la defensa del medio ambiente y la sanidad de los alimentos. ¿Quién iba a decir que las situaciones de irrisión o desaire en reuniones sociales podrían llegar a suponer daño resarcible? (91). ¿Cómo cabría suponer que el fastidio ocasionado al domicilio ajeno mediante exagerado número de llamadas telefónicas obtendría en Gran Bretaña consideración de intromisión ilegítima? (92). Redobladas exigencias de diligencia profesional amplían hoy las correspondientes responsabilidades. Si en 1888 se desestimó una reclamación por información económica negligente que condujo a sufrir pérdidas, en 1963 el propio juzgador (*House of Lords*) sancionó, en tal caso, la obligación de resarcir por parte de la entidad bancaria (93). Por

(85) *Vid.* PROSSER, *Law of Torts*, St. Paul, Minn., 1971, pp. 812 a 814, sobre «False Light in the Public Eye», con muy variados casos de daños consistentes en desfigurar la individualidad ajena.

(86) McCURDY: *Torts between Persons in domestic Relations*, «Harv. L. Rev.», n.º 43, pp. 1.030 y ss.; acerca de la posterior evolución jurisprudencial en esta materia, *vid.* CLARK: *The Law of domestic relations in the United States*, St. Paul, 1968, pp. 225 y ss.

(87) *Gertz v. Robert Lech Inc.* (418, U.S., 1973), p. 339, y especialmente en el muy conocido caso *New York Times Co. v. Sullivan* (376, U.S., 1964), p. 254.

(88) *Garriga v. Richfield* (20, N.Y.S., 1940), p. 544; *Steinman v. Roberts* (257, N.Y.S., 1965), p. 695.

(89) *Tolley v. J. S. Fry and Co.* (A.C., 1931), p. 333.

(90) *Vid.* PROSSER, *op. cit.*, pp. 327 y ss.

(91) *Vid.* al respecto las interesantes notas críticas a variadas decisiones jurisprudenciales en «Harv. L. Rev.», 49, p. 840.

(92) *Stoakes v. Brydges* (Q.W.N., 1958), p. 50; *Alma v. Nakir* (N.S.W.R., 1966), p. 396. *Vid.* referencia a tal hipótesis en HEUSTON, *Salmond on the Law of Torts* (17 ed. cit.), pp. 34 y 35.

(93) Frente al caso *Priestley v. Stone* (T.L.R., 1888), p. 730, en idéntico supuesto, destaca con significativo contraste *Hedley Byrne v. Heller and Partners* (A.C., 1964), p. 465, lo cual ha sido estimado como una «Americanisation of English Law» (Heuston, *op. cit.*, p. 210).

eso ha podido hablarse de una continua apreciación de nuevos daños, *invention of new torts* (94). De ahí que en asunto de tan dinámica ramificación no sirvan concepciones cerradas.

A la vista de nuestra jurisprudencia cabe hablar, en efecto, de una ilicitud abierta. Pues «se rechaza por errónea la teoría de que no incurre en responsabilidad derivada de culpa o negligencia quien se halla respaldado por una legalidad, y su actuación se conforma con el Derecho establecido, porque tal tesis permitiría, olvidando el carácter subjetivo de esta responsabilidad y contra los más elementales principios de la moral y del Derecho, amparar actos u omisiones productores de un daño de los que se tiene plena conciencia de su resultado, y, por ello, al ser previsibles, el artículo 1.902 del Código civil los considera generadores de una responsabilidad, para cuya exigencia no es necesaria, conforme a su texto, su previa ilicitud (95). De esta forma es posible apreciar daños resarcibles al margen de previsiones esteotipadas o de mandatos específicos.

La sostenida apertura hacia nuevas aplicaciones, hacia la constante actualización del contenido y las manifestaciones de los derechos de la personalidad, se hace efectiva a través de apreciaciones de buen juicio. La idea de «*judicium*» ocupa aquí lugar clave. También en este punto Vico ofrece línea de continuidad con la tradición romanista (96). Nútrese su metodología tópica de un *sensus communis* cuyo principal momento se encuentra en ponderadas estimaciones que actúan habida cuenta de las circunstancias concurrentes, en consideración a lo particular, por lo que no pueden ser suplantadas por la visión científica, pero siempre con mantenida orientación hacia el bien común (97). Se trata así de lo que ha podido considerarse «juicio de existencia» (98). En ello estriba la diferencia entre juicio y abstracción, pues mientras ésta capta la esencia, el juicio aprecia las realidades mismas (99).

Ahora bien, la oportunidad de ejercitar el juicio recto en la materia que nos ocupa surge por lo común con ocasión de reclamaciones por daños. Pues al recabar resarcimientos se hace preciso hacer patentes unas consecuencias lesivas. Lo cual supone definir, e incluso redefinir, qué era lo propio de la plenitud humana; en definitiva, averiguar si ésta abarcaba el aspecto cuyo menoscabo se denuncia. Para evidenciar perjuicios se hace preciso mostrar que lo negado o vulntrado se encontraba incluido en el ámbito del demandante. Ambito que ha de examinarse a tal efecto en su propia dinámica. De modo

(94) *Salmond on the Law of Torts*, cit., p. 16.

(95) Sentencia de 7 de enero de 1960, seguida de otras muy abundantes en la misma línea.

(96) CAPONI: *Time and Idea: The Theory of History in G. B. Vico*, Chicago, 1953; VAUGHAN: *The political Philosophy of G.B. Vico*, La Haya, 1972.

(97) J. B. VICO: *De nostri temporis studiorum ratione*, «Opere», cit., II, p. 125.

(98) Cfr. HUSSERL: *Erfahrung und Urteil* (ed. 1939), pp. 23 y ss.

(99) GILSON: *El realismo metódico* (trad. esp. 1952), pp. 30 y ss., así como en *La unidad de la experiencia filosófica* (trad. esp. 1960), pp. 65 y ss.

que la posición jurídica de la persona replantea así continuas precisiones esclarecedoras de su alcance. Precisiones que han de resolverse mediante profundo análisis. Pues éste descubre y declara aspectos y contenidos anteriormente quizá no suscitados, proyecciones inherentes al ser y al estar acaso no reconocidas previamente al no haber surgido siquiera la eventualidad técnica determinante de su amenaza.

De ahí que las reclamaciones de resarcimientos de daños hayan proporcionado, y proporcionen, las ocasiones más significativas para hacer eficaz y afirmar la presencia y expansión de los derechos de la personalidad.

Recuérdese, en tal sentido, el sesgo general de nuestra Jurisprudencia. En reclamación sobre resarcimientos en vía civil, se declara que «la honra y la fama de la mujer constituyen los bienes sociales de su mayor estima» (100). En un caso de similar planteamiento se puntualiza que el derecho a usar un apellido «no está en el comercio de los hombres, pues es un bien imprescriptible cuyo destino es mantener la unidad de la familia» (101). En pleito reclamatorio de indemnización, se proclama el derecho a la «fama y honor profesional» del médico (102). Recae pronunciamiento acerca del «crédito y el prestigio necesarios para el desarrollo del comercio» precisamente como premisa que faculta a los injuriados para ejercer la acción civil dirigida a exigir la debida reparación y obtener la indemnización proporcionada a los daños (103). Se llega a ordenar una reparación indemnizatoria en razón incluso de haber ocasionado el perjuicio consistente en hacer perder a una persona «la alegría de vivir» (104). Y, en términos generales, se proclama que «en el Derecho patrio están incluidas en la acción de resarcimiento establecida por el artículo 1.902 del Código civil las lesiones contra el honor (105).

En fin, las declaraciones sobre los derechos de la personalidad formuladas en conexión con reparaciones de responsabilidad civil podrían multiplicarse. Y ello no sólo en España, sino de modo virtualmente uniforme y general, como lo atestigua el Derecho comparado (106). La cuestión de la existencia o del alcance de los derechos que nos ocupan propende a plantearse, en suma, en versiones descriptivas de daños. Y es lógico que así ocurra, porque al padecer lesión es cuando delatan su presencia y cuando reaccionan, y no, en cambio, durante la normalidad de su respeto y ejercicio.

Por eso mismo, los derechos de la personalidad expanden de continuo el campo de los daños civiles atípicos. Toda la materia de la responsabilidad civil ofrece de por sí, en contraste con la responsabilidad

(100) Tribunal Supremo, sentencia de 6 de diciembre de 1912.

(101) Tribunal Supremo, sentencia de 16 de junio de 1916.

(102) Tribunal Supremo, sentencia de 14 de diciembre de 1917.

(103) Tribunal Supremo, sentencia de 31 de marzo de 1930.

(104) Tribunal Supremo, sentencia de 9 de diciembre de 1949.

(105) Tribunal Supremo, sentencia de 7 de febrero de 1962.

(106) Vid. OLLIER y J. P. LE GALL: *Violation fo the Rights of the Personality* (Int. Enc. Comp.), lib. XI, *Torts*, 1983, ch. 10, III, pp. 10-70.

penal, marcada atipicidad (107). Pero es que al entrar en juego los derechos de la personalidad esa atipicidad resulta connatural. No podrían éstos configurarse si vinieran acotados por tipos excluyentes y descripciones cerradas. ¿Cómo iban a guardar congruencia con los desarrollos de la personalidad? ¿Cómo podrían acomodarse al fluir histórico en que la persona vive? Flujo que, sin menoscabo de la dimensión esencial y permanente de su ser, es constante e implica continuo devenir de circunstancias y oportunidades. ¿Sería admisible encasillar atributos que afectan de modo primordial a la dignidad humana? La plenitud que es inherente a su progresión reclama una actitud receptiva de los más variados e incluso sorprendentes supuestos nuevos, lo cual redundará en incremento de las eventualidades lesivas.

De esta manera el Derecho civil de daños y los derechos de la personalidad operan en recíproca complementariedad. Porque estos derechos, por lo común, insinúan su presencia y su dinámica delatando situaciones que el buen juicio aprecia como lesivas y acreedoras al resarcimiento. Y, a la inversa, el régimen de los daños civiles culmina su función de salvaguardia de la esfera jurídica de la personalidad al abarcar y proteger calidades referentes a la profundidad y al particularismo infungible de lo humano que en modo alguno cabe desconocer o infravalorar. El buen juicio implica así «saber ver a la persona, descubrir al prójimo con cuanto le es inherente y propio» (108). De modo que se hace precisa una óptica sensible a matices acaso singulares e irrepetibles, pero que pueden llegar a ser punto central de la reclamación planteada.

Habrán de tenerse en cuenta al efecto el conjunto de dimensiones esenciales en todo caso propias del ser humano. Pero además de tal referencia objetiva y común, deberá poder contar el rasgo de la subjetividad que acaso aparezca ocasionalmente, como peculiaridad a respetar a una persona en una específica circunstancia, o como actividad lícita de su modo habitual de vida. Es la singularidad de lo personal que sin salir del campo de lo razonable se manifiesta en variados designios humanos merecedores de protección jurídica. Tal, por ejemplo, que la imagen a publicar de persona ya fallecida sea precisamente la elegida por su único hijo (109); o que, en tanto posible, se atienda y respete el estilo personal de vivir cada uno su propia tranquilidad espiritual (110); o que resulte pertinente añadir una partida indemnizatoria en favor de pianista que por imprudencia ajena sufre la pérdida de un brazo y cuyo descanso habitual consistía en jugar semanalmente al tenis, de suerte que al resarcimiento por in-

(107) Vid. ALPA-BESSONE: *Atipicità dell'illecito*, Milano, 1980, pp. 222 y ss.

(108) MAX SCHELER: *Esencia y formas de la simpatía* (trad. esp.), Madrid, 1943, pp. 47 y ss.

(109) FELCHER-RUBIN: *The descendibility of the Right of Publicity*, «Yale L. J.», 89, 1980, p. 1.125.

(110) MAGRUDER: *Mental and emotional Disturbance in the Law of Torts*, «Harv. L. Rev.», 49, p. 1.033.

capacidad laboral se suma un plus por privación de ese esparcimiento incorporado a su concreto modo de vida (111).

Incontables serían, en definitiva, las posibles ejemplificaciones. Sencillamente porque la vida humana y las proyecciones positivas de su dimensión ética y de sus posibles implicaciones en modo alguno cabría prefijar. Incluso cuando pudieran encontrarse involucrados, de alguna manera, aspectos recriminables, la consideración debida a toda persona veda descalificaciones globales o precipitadas y denigraciones del respeto que comúnmente le es debido (112). Respeto debido que postula reconocimiento particularizado y matiz peculiar al tratarse de actitudes, afecciones o lealtades invocadas en juicio de modo expreso como características esenciales del peculiar nivel de dignidad de la propia existencia.

De esta suerte, particularidades relevantes de la vida personal se traducen en apreciaciones que escapan no sólo a toda previsión en acuñaciones legales, sino a cualquier anquilosamiento sobre bases prefijadas en orden a fundar pretensiones de resarcimiento. Los menoscabos indemnizables se diversifican constantemente. Se alteran sus modalidades predominantes; varía el grado de verosimilitud de los diversos eventos lesivos; se modifica la valoración de las situaciones; se presentan contingencias nuevas que el buen juicio puede estigmatizar como intromisiones en la esfera personal. Por eso el Derecho civil de daños alcanza hoy aplicaciones antes ni siquiera sospechadas en virtud de un constante seguimiento defensivo y renovador de lo que progresivamente se declara como ámbito propio del respeto debido a la persona. Respeto y prerrogativas cuyo alcance, al venir enmarcado en perfiles que han de fijarse en virtud de apreciaciones prudentiales, se remodela en virtud de un incesante rebrotar de argumentos actualizadores.

14. DAN RAZON LOCALIZADA DE PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

La sustancia argumental operante en los derechos de la personalidad viene a consistir, en definitiva, en principios generales del Derecho convenientemente referidos y aplicados a la posición jurídica de la persona. Principios que de ese modo obtienen un cierto grado de concreción. Pero de concreción nunca oclusiva, dada la esencial apertura que esa posición jurídica lleva implícita y de continuo mantiene. Prodúcese sólo la determinación imprescindible para poder indicar el área a que afecte el derecho de la personalidad de que se trate. El cual mantendrá por lo mismo su enlace con el principio o prin-

(111) Vid. M. LE ROY: *La réparation des dommages en cas de lésions corporelles: préjudice d'agrément et préjudice économique* (D. 1979), p. 49.

(112) Así, ilustrativamente, *cfr. Restatement of Torts Second; ap. 867*: «One who unwillingly comes into the public eye because at his own fault as, in the case of a criminal, is subject to the same limitations upon his right to be let alone.»

principios que lo inspiran y podrá servir a su vez para sustentar nuevas versiones y aplicaciones. Persiste de ese modo en fluencia siempre abierta la dinámica de estos derechos, los cuales vienen así a dar razón localizada y tópica de principios generales del Derecho.

Entre nosotros, esta conexión con principios se encuentra expresamente reconocida. Ofrece especial significación la tan reiterada sentencia de 6 de diciembre de 1912, en la que la honra, el honor y la fama se declaran protegidos con arreglo a principios «preexistentes». En efecto, en el recurso que se interpuso contra el fallo que había condenado a una indemnización por expoliación de la dignidad personal, se alegó como motivo de casación la extralimitación cometida por el juzgador al no poder apoyarse en una norma legal expresa. Pero tal argumentación fue rechazada. Declaró el Tribunal Supremo que: «[...] el Tribunal sentenciador, al someter el daño moral causado a compensación pecuniaria, no confunde, como se supone, las atribuciones del Poder Judicial con las del Poder Legislativo, pues para ello sería preciso se declarase en disposición abstracta o de carácter general algún derecho nuevo, cosa que aquí no ocurre, porque el juzgador, valiéndose de las reglas de equidad que son máximas universales de justicia universal, se limita, como intérprete de la Ley, a explicar mejor principios jurídicos más o menos clara y distintamente expuestos, pero ya preexistentes, que definen el daño en sus diversas manifestaciones [...]».

La tarea de hacer explícitos esos derechos de la personalidad ha consistido así en «explicar mejor» principios jurídicos ya existentes, máximas universales. Se trata, pues, de una puntualización recaída sobre principios que valían ya antes de la ley, o sea, que eran fuente de Derecho en sentido radical (113). Tal es la vía por la cual se llegó a tales apreciaciones acerca de la dignidad de la persona. Lo propio ha acontecido en nuestra Jurisprudencia posterior. Apreciación asimismo recalcada por las decisiones del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, al afirmar que «el respeto de los derechos fundamentales es parte integrante de los principios generales del Derecho» (114). E igualmente en las diversas Leyes referentes a esta materia. Pues si se profundiza en su elemento radical se apreciará viva, como sustancia informante, la presencia de principios. Por virtud de éstos se vertebran las líneas de los comportamientos socialmente exigibles.

De ese modo los derechos de la personalidad como tales resultan ser condensación de principios generales del Derecho especialmente congruentes con el área de materias o actividades y con la situación personal de que se trate. Son acogidos tales principios no en forma abstracta, sino en versión contrastada y práctica, en consonancia con la temática a la que se refieren. Pero aun así mantienen su aptitud

(113) DE CASTRO: *Derecho civil de España* (2.ª ed.), pp. 405 y ss.

(114) Cfr. 15 de mayo de 1964, 12 de noviembre de 1969 y 17 de diciembre de 1970.

como directrices de carácter fundamental en orden a proporcionar coherencia a los diversos desenvolvimientos con los que guardan relación. En este caso su función estriba en efectuar la inserción básica de la persona en el orden jurídico. Inserción consistente en reconocerle y asegurarle una posición jurídica. Posición de rango primario, porque entraña nada menos que la afirmación de la subjetividad del ser humano frente a la objetividad de la naturaleza, y porque en función de la misma se perfila el ámbito que debe atribuírsele (*ius suum cuique tribuendum*) en relación con los demás, pues la consideración de la dignidad ajena, la alteridad, es inherente a la noción de persona.

Precisamente en virtud de ese reconocimiento acontece una significativa individualización, pues los principios generales del Derecho tienen como destinatario a «todos». Todos tienen derecho al respeto, al honor, a la vida, a la integridad física y moral, así como a los restantes atributos que cumulativamente se les confieren. Pero al entrar en efectividad la impronta de la posición jurídica personal produce la concreción y el tránsito referencial desde «todos» a la relación con «cada uno». Y aquí radica el dinamismo que los derechos de la personalidad están llamados a asumir, los cuales no se entenderán concedidos sino reconocidos, y, si acaso, regulados. La persona será no ya mero destinatario del orden jurídico, sino además y sobre todo centro impulsor y fundamento de todas sus aplicaciones; contará no ya en su consideración colecticia y generalizadora, sino singularizadamente, en su particularismo. Pues al tratarse de asegurar a cada uno su posición jurídica se entra ineludiblemente en el plano de las mutuas relaciones; plano cargado de exigencias y de reciprocidades, y en el que se hacen patentes los primarios deberes que conciernen respecto a otras personas, deberes que hacen eficaces los derechos y dan lugar, en su caso, a responsabilidades por los propios actos.

La conexión con deberes es, en el campo de los derechos de la personalidad, como en toda formulación jurídica, esencial y de carácter institucional. A veces se silencia esta correlación, pero no por ello deja de existir y de ofrecer toda su eficacia y consecuencias. Es ésta una observación obvia, pero que conviene recalcar a la vista de generalizadas tendencias a recordar sólo derechos como si no implicaran la existencia de convergentes deberes, como si no actuaran premisas de consideración respecto de otras personas. Tal acontece en especial cuando los derechos de la personalidad quedan formulados en calidad de derechos humanos, de tan vigorosa impronta y autoridad actual, tanto a nivel nacional como internacional, cuyo respeto es condición fundamental para la paz, y que aunque acaso nada se diga, suponen rigurosas obligaciones para con los demás y respecto de la sociedad, como lo han hecho notar los protagonistas mismos de su Declaración (115). Pues si esta dimensión se olvidara, si se los concibiera sólo

(115) Vid. MARCH AGI: *René Cassin fantassin des droits de l'homme*, París, 1979, pp. 27 y ss.

como exigencia unilateral, en modo alguno podrían responder a exigencias del bien común (116). Los sistemas establecidos para su protección y efectividad evidencian, como no podía menos de ser, la esencial alteridad que están llamados a proteger y de la que son inseparables (117).

En su papel de concreciones operativas de principios generales del Derecho, los derechos de la personalidad han de trazar directrices ubicadoras de la posición justa de la persona. Sus formulaciones han de insinuar u ofrecer referencias y paradigmas en donde se apunten y sugieran ejemplificaciones, las cuales no habrán de limitarse a ser mero caso de la regla que se desea establecer, sino iluminación positiva acerca de las metas y del sentido hacia donde aquélla propende. La técnica legislativa o doctrinal estriba aquí en recargar las palabras de intensidad dialéctica y de fuerza insinuante. Insinuante de una tensión, de una intencionalidad; en suma, de argumentos tendentes a desvelar *ex tempore*, lo que sucesivamente debe reconocerse como abarcado en la plenitud propia del ser humano. De esa manera, en versión apreciativa de circunstancias, con deliberado margen prudencial, se esbozarán las clarificaciones defensivas y los criterios llamados a informar y regir en el campo concreto a que el respectivo derecho de la personalidad se refiera.

Por venir proyectadas estas concreciones hacia diferentes áreas o sectores de la posición jurídica personal ofrecen referencias acaso fragmentarias o discontinuas, pues versan sobre materias o localizaciones variadas, pero proporcionan un eficaz y cada vez más rico «repertorio de puntos de vista» (118). Pues combinadas entre sí, esas directrices traban una urdimbre inspiradora de múltiples precisiones. No aportan una sistemática cerrada, pero orientan la obtención de soluciones adecuadas a las contingencias surgidas en aquel entorno. Son como líneas ordenadoras de ideas que, en su conjunto, y por la precisión aportada por cada una de ellas, dibujan un modelo orientador e indican qué exigencias convienen a la personalidad humana. Aunque de por sí heterogéneas y concretas, mediante su coordinación determinan el punto de lo que en aquel caso viene a ser razonable y válido. A tal efecto, sin ignorar el sentido riguroso del silogismo, habrá de hacerse uso de él sólo en cuanto sea necesario y esté en consonancia con los criterios y experiencias inscritos en el cúmulo peculiar del problema suscitado. Y así, no por vía de abstracción sino mediante acumulación de concreciones previamente consolidadas como válidas, la conjugación de las mismas conducirá a respuestas de buen

(116) Cfr. ANDRÉ-VICENT, *Les droits de l'homme dans l'enseignement de Jean Paul II*, París, 1983, pp. 48 y ss.

(117) Vid. TOHT: *Notions et systemes de protection des Droits de l'homme* (con introducción de A. Fernández), Université de Genève, pp. 89 y ss.

(118) GARCÍA DE ENTERRÍA: *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, Madrid, 1984, pp. 57 y ss.

criterio. Observar las máximas de una doctrina fue siempre concluyente muestra de compartirla.

Los estratos básicos de la personalidad son, en efecto, propicios a proverbial máximas comúnmente tenidas como verdaderas. Y ésta es otra característica evidencial de un sentido tópico, de una dimensión argumental. Es usual sintetizar en muchos casos su contenido, como lo ha hecho Struck, en listas de proposiciones de sabiduría merecedoras de generalizado asentimiento en relación con variados trances de la existencia humana (119). Trátase de la condensación expresiva de principios prácticos que aquí y allá se materializan en fórmulas jurídicas o se insertan en valoraciones de sentido común, a manera de razón lapidaria aplicable como por evidencia a determinados campos del ser y del obrar de las personas. De ahí que la fuerza arguyente de tales apreciaciones haya sido empleada para expresar el particularismo de múltiples hipótesis lesivas y causaciones de daños, y para sintetizar las correspondientes consecuencias jurídicas (120). Se debe ello a la concreción peculiarmente clarificadora y elocuente que contienen, por lo que sirven como base de razonamiento. Su precisión habla por sí, de suerte que su mera enunciación proporciona razón jurídica suficiente sin necesidad de abundar en otros fundamentos ni de recabar más prolijas razones.

Y no de otra manera se conduce muy frecuentemente la Jurisprudencia que declara la presencia de derechos de la personalidad. Busca muchas veces entresacar y hacer explícitas al efecto ideas sucintas, reglas que encierran nivel ético, sentido de dignidad hacia la persona, o decantadas doctrinas que previamente se encontraban implícitas en el orden jurídico o en el contexto social. Ideas revestidas de concreción y reajuste y por lo mismo acoplables precisamente al atributo o proyección personal que se pretende reafirmar. Así, por ejemplo, la sentencia de 6 de diciembre de 1912 sustenta su razonamiento en esta máxima lapidaria: «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.» La de 31 de marzo de 1930 aprecia, de entrada, que «tan necesario es el crédito y el prestigio para la vida y el desarrollo del comercio como a los humanos el honor». La de 25 de octubre de 1962, con trascendente énfasis, recalca que «el respeto y reverencia que los hijos deben a los padres no acaba con la muerte de éstos, sino que es debido siempre». Las proposiciones o condensaciones de vigencias referentes a diversas manifestaciones de la dignidad personal susceptibles de traer a colación por su cometido de articulación jurisprudencial serían, en esta línea, abundantes y variadísimas. En su virtud, mediante tales máximas y el valor de principio que encierran, se determina el sentido del problema debatido, se alumbra el área a

(119) Cfr. GERHARD STRUCK: *Topische jurisprudenzen*, Frankfurt, 1971, pp. 118 y ss.

(120) Vid. GERRERI: *La responsabilità*, Milano, 1981, pp. 30 y ss., con variado «maximario» de hipótesis y de consecuencias.

que se refieren y se evidencia el criterio inspirador de la respuesta más apropiada.

Opera así una concreción actual o potencial por referencia a una u otra parcela o zona del respeto debido a la persona. Los diversos derechos de la personalidad no han surgido en la práctica de un *a priori*, por deducción abstracta, sino que, por lo común, se han esbozado inductivamente, por vía argumental, a partir y en respuesta a requerimientos que de continuo se presentan en la vida, y que se manifiestan en series de problemas referentes a diversos aspectos de la posición jurídica de la persona, aspectos de alguna manera deslindables. La abstracción mengua aquí de cometido, pues, como bien se ha observado, la consolidación diferencial no puede alcanzarse si no es al versar sobre cuestiones concretas (121).

15. PLASMAN COMO DERECHOS FUNDAMENTALES

Así enmarcada la posición jurídica personal por derechos expresivos de principios generales, sustenta y ofrece especial eficacia ordenadora sobre la vida social. Contiene los módulos de la respectividad entre unas y otras personas en orden al mutuo acatamiento, pues en modo alguno sirve de base a poderes en exclusiva ni de privilegio, ni indiscriminados (*ius omnium in omnia*), sino que viene a dar razón y medida de lo que, objetiva y recíprocamente, es justo (*id quod iustum est*). Razón y medida en las que deberes y derechos se entrecruzan y armonizan afirmando la propia esfera al tiempo que se respeta la ajena. Quien lesione la posición jurídica de otro, incurre en responsabilidad, y quien sufra la invasión podrá recabar reposición y resarcimiento. Opérase de este modo una repartición (*tributio*) de los ámbitos respectivos. Son ámbitos al mismo tiempo defensivos, en cuanto dan lugar a exigir un respeto y, simultáneamente, de positiva significación activa, al abarcar las más variadas prerrogativas de una justa afirmación.

Compréndese por ello el significado constituyente que late implícito en los derechos de la personalidad. Aglutinan y vertebran la vida de relación. Con su vigencia configuran el sustrato y la textura de la vida social. Reportan justicia material, seguridad, incremento de los mutuos intercambios. De ahí que determinen bases adecuadas para indicar confines y trazar competencias dentro del sistema institucionalizado de las relaciones de poder. Sirven de pauta e impronta para las puntualizaciones de carácter formal. Por lo mismo instan de continuo concepción como derechos fundamentales, y de modo gradual y sucesivo la obtienen. De suerte que, progresivamente, prodúcese creciente y recíproca asimilación identificadora.

(121) ENGISCH, *op. cit.*, p. 452.

La tónica de los derechos de la personalidad señala el campo de los derechos fundamentales. No es que las enunciaciones respondan a una coincidencia exhaustiva, pues probablemente no todas las proyecciones de la vida personal ostentarán rango fundamental expresamente declarado, pero es lo cierto que indican lugares y áreas de donde los derechos fundamentales han de extraer la «razón práctica» que precisan para obtener implantación efectivamente ordenadora (122).

Ello acontece por la radical conexión con las exigencias de lo humano que van implícitas en los derechos de la personalidad y por la poderosa instancia a obtener reconocimientos palmarios que obra en todo lo que es sustantivo y real. Al dar razón de una consustancialidad con el respeto y las prerrogativas inherentes a la persona, llegan a erigirse en salvaguardia personal *erga omnes*, incluido el Estado. De ese modo determinan una esfera inviolable, al menos teóricamente y como ideario (123). Esta inviolabilidad quizá es reconocida y propugnada primero socialmente, para obtener luego, acaso, sanción formal. O, a la inversa, otras veces los textos y definiciones preceden a las vivencias efectivas. La historia muestra en las más variadas latitudes lo arduo de estos procesos. La ingente labor del Tribunal Supremo de Estados Unidos es ejemplo sobresaliente de ello, como sugestivamente lo mostró Stephen L. Wasby (124).

Con frecuencia se han explicado los derechos fundamentales mediante enlace unívoco e identificador con los llamados derechos públicos subjetivos en función de la teoría del Estado de Derecho. Esbozada ésta inicialmente por Kant, daba razón, en conocido pasaje suyo (125), del «bürgerliche Status civilis», en el cual las libertades individuales de unos coexisten y circunscriben a las de los demás en una Ley general de libertad asumida por el Estado, al que por lo mismo delimita y al propio tiempo configura. Teoría que sería objeto de sucesivas y encontradas explicaciones a lo largo de la pasada centuria con creciente ímpetu político para obtener después difusiva expresión de Jellinek (126). Sin embargo, no parece haber lugar a ese reduccionismo. Innegable es el auge doctrinal de que gozó la referida tesis de los derechos públicos subjetivos, pero no cabe circunscribir a ella el sentido actual de los derechos fundamentales (127). Estos se sustentan, además, en otras corrientes de pensamiento. Acogen otras ex-

(122) Cfr. el importante libro de WILHELM HENNIS: *Politik und praktische Philosophie, Eine Studie zur Rekonstruktion der politischen Wissenschaft*, «Neuwie und Berlin», 1963, pp. 92 y ss.

(123) FRIEDRICH: *El hombre y el Gobierno*, Madrid, 1968, p. 300.

(124) STEPHEN L. WASBY: *The Impact of the United States Supreme Court*, 1970, pp. 10 y ss. Vid. asimismo SCHWARTZ: *Constitutional Law*, 1979, pp. 81 y ss.

(125) «[...] Dieser Zustand der Einzelnen in Volke in Verhältnis unter einander heisst bürgerliche (Status civilis) und das Ganze derselber in Beziehung auf siene eigene Glieder der Staat (civitas) [...]». Cfr. SÄMTLICHE WERKE, V, Leipzig, 1920, p. 430.

(126) JELLINEK: *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Tubinga, 1905.

(127) Vid. el logrado estudio de L. AGUIAR: *Dogmática y Teoría Jurídica de los Derechos Fundamentales en la interpretación por el Tribunal Constitucional Español*, «Revista de Derecho Político», 18-19, Madrid, 1983, pp. 21 y ss.

perencias jurídicas y sirven a más vastos cometidos. Insértanse en el orden jurídico objetivo como soportes de su estructura y de su desarrollo. Su vigencia eficaz ofrece valor indiciario acerca de si existe o no verdadera observancia del Derecho (128). No se reducen los derechos fundamentales a meras limitaciones oponibles frente al poder político institucionalizado y respecto de las demás posibles acumulaciones de poder; incluyen, desde luego, tan primaria función, pero su valor medular estriba en significar proyecciones positivas. Rigen y se extienden, en efecto, por el amplio campo de la vida de relación entre particulares, quienes podrán recurrir en amparo constitucional cuando en los Tribunales ordinarios se hubiese desatendido su debida protección (129); extienden su presencia, indiscriminadamente, a través de las más variadas materias y controversias (130), e incluso se imponen a la actividad del legislador, a la que instan y constriñen de modo positivo en orden a los desarrollos necesarios para hacerlos efectivos (131). «Los derechos fundamentales son así un patrimonio común cuya vigencia a todos atañe por igual» (132). En suma, su función consistiría en operar como núcleos expansivos en el orden jurídico de la libertad y prerrogativas inherentes a la afirmación de la persona.

En los derechos fundamentales concurren, en realidad, fluencias jurídicas diversas. Unas se refieren, en efecto, a la delimitación de poderes del gobernante, en cuyo derrotero en modo alguno cabe preferir la importancia de la trayectoria constitucional inglesa (133), o las decisivas declaraciones de los nacientes Estados de Norteamérica, según antes se ha indicado, así como, entre nosotros, el significado de los pactismos jurídicos tan característicos de nuestra tradición jurídica foral (134). Otras emanan de muy profundas y autorizadas directrices teológicas y filosóficas. A veces se expresan como libertades esenciales. Últimamente ha encontrado constante y difundida invoca-

(128) Cfr. Sentencias del Tribunal Constitucional de 26 de enero de 1981 y 22 de diciembre de 1982.

(129) Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1981, pp. 75 y ss.

(130) Por vía de ejemplo, sentencias del Tribunal Constitucional de 13 de febrero de 1981, 23 de noviembre de 1981, 24 de mayo de 1982 y 20 de diciembre de 1982.

(131) Vid. sentencias del Tribunal Constitucional de 2 de julio y 10 de noviembre de 1981. La de 11 de abril de 1985 destaca que no resulta sólo «la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano».

(132) Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de julio de 1981.

(133) Como excelente síntesis, vid. L. MOOSE: *The Struggle for Sovereignty in England*, Londres, 1950, pp. 21 y ss.

(134) Vid. JAIME VICENS VIVES: *Los Trastamaras y Cataluña*, en «Historia de España», dirigida por Menéndez Pidal, XV, Madrid, 1964, pp. 643 y ss., y 705 y ss.; VALLET DE GOYTISOLO: *Estudios sobre fuentes del Derecho y Método jurídico*, cit., pp. 605 a 694; LACARRA: *El juramento de los Reyes de Navarra*, Madrid, 1972, pp. 24 y ss.

ción el respeto y defensa de los derechos humanos. Todas ellas han abierto y siguen aún pugnaz derrotero e intrincado curso histórico, pero con el común denominador de afirmar y reflejar siempre la dignidad de la persona. Y es en ese común denominador donde se encuentra la raíz de unitario entronque de los derechos fundamentales en los derechos de la personalidad. Porque estos últimos son el brote jurídico más inmediato de tal dignidad, y no cabe erigir fundamentación alguna al margen de ese arraigo consustancial.

A través de la aplicación de los derechos de la personalidad han encontrado, por lo común, vigencia los idearios más cualificados de configuración política y social, como lo atestigua, en definitiva, la Jurisprudencia comparada. Incluso el vigente Código civil en la República Federal de Alemania, el BGB, cuyo mismo nombre, *Bürgerliches Gesetzbuch*, rebosa consideración de los derechos públicos subjetivos y tener como destinatario al *Bürger*, al ciudadano precisamente en «bürgerliche Status», ha requerido desarrollar en vía judicial un haz de derechos inherentes a la personalidad, sin los cuales los derechos constitucionalmente establecidos como fundamentales hubieran ofrecido menguada efectividad y concreción (135).

Si, como se ha declarado, por contenido esencial de los derechos ha de entenderse aquella parte de los mismos que es necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles que les dan vida resulten real, concreta y efectivamente protegidos (136), no cabe duda acerca de la creciente e ineludible identificación entre los derechos fundamentales y los derechos de la personalidad. En éstos se incluye y se protege lo más básico y lo más determinante; el reflejo más connatural y espontáneo de lo humano, con su infungible centro íntimo y sus potenciales expansiones; en suma, el contenido y los intereses de fundamentación más arguyente y de más ineludible y primordial asunción por el orden jurídico. Por lo cual resulta sobremanera razonable y pragmático referir, como expresamente lo hacía ya Posada, las garantías de orden político al régimen constitucional de los derechos de la personalidad (137).

Diversos derechos de la personalidad plasman como derechos fundamentales por el decisivo hecho de que responden al ser mismo de la persona y a sus más importantes atributos. Con razón se ha dicho que el ser actúa como «fundante». Y al tratarse del ser humano como «fundante en libertad», pues vive en él la libertad radical que tiende y propende a fundamentar (*Freiheit zum Grunde*), por lo que el respeto y la afirmación de sus designios viene a ser «fundamento de fundamentos» (*Grund des Grundes*) (138). Al tratarse de establecer cri-

(135) Cfr. *Munchener Kommentar*, especialmente en párrafo 847, a cargo de H. J. MERTENS, Munich, 1980, p. 3; LARENZ: *Metodología*, pp. 238 y ss.; así como en *El Derecho general de la personalidad*, loc. cit., p. 641.

(136) Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981.

(137) ADOLFO POSADA: *Tratado de Derecho Político*, II, Madrid, 1935, p. 394.

(138) HEIDEGGER: *Der Satz vom Grund*, Freiburg, 1957, pp. 193 y ss.

terios orientadores de todo el dinamismo de la realidad jurídica, los que ofrecen más señalada aptitud al efecto han sido y serán, en último término, los expresivos del valor originario sustentador de la dignidad humana. Pues, como se reconoció ya de antiguo, *hominum causa omne ius constitutum est* (139).

Los derechos de la personalidad y la gama de derechos fundamentales se requieren mutuamente. En el orden teórico sus respectivas corrientes han discurrido frecuentemente por cauces distintos, pero la realidad las hace confluir. Los primeros aportan radicación en lo humano y requerimiento social; proporcionan la materia, el contenido sustancial, realidad experimentada. Los segundos traen y acuñan el formalismo y el troquel, el nivel proclamatorio, revisten de potestad; añaden preeminencia explícita a efectos interpretativos y rango a su vigencia, y, sobre todo, multiplican los procedimientos defensivos. De tal suerte, la conmixtión unificadora habría de resultar, a la larga, ineludible. Esta adviene como consecuencia de orden funcional, al apreciarse la esencial coincidencia de ambas vertientes. La vida jurídica subsume en unidad a la variedad de tales componentes. Podrá mantenerse quizá la diferencia de puntos de vista, publicístico o privatista, pero, aun desde cada uno de ellos, si se quiere escrutar sentidos y profundizar consecuencias, en modo alguno cabrá renunciar a ponderaciones unitarias. De este modo el tratamiento en identidad viene a ser criterio razonable, exigencia de razón práctica e incluso directriz de técnica legislativa (140).

Las Constituciones incluyen enunciaciones de derechos fundamentales o de libertades públicas que son trasunto de otros tantos derechos de la personalidad. Estos obtienen directriz en el ser del hombre y en la dignidad humana, y por ello traslucen atributos y sugieren ejemplificaciones en donde la esfera de la personalidad tiene que ser respetada. Y de esta manera inspiran y requieren delimitaciones de potestades. Los pasajes constitucionales en la materia delatan así significativa coincidencia con formulaciones procedentes de la doctrina y la Jurisprudencia civil y penal, sin perjuicio de añadir otras peculiarmente relacionadas con actividades del Estado y sus órganos, pero, en el fondo, de idéntica raíz y del mismo sesgo.

El carácter fundamental de diversos derechos de la personalidad se encuentra, como es bien sabido, expresamente reconocido y proclamado en la Constitución Española. Ahora bien, aunque venga apoyada en proclamações explícitas y al más alto rango, la aventura defensiva y afirmativa de la esfera personal siempre necesitará de nuevas y sucesivas concreciones. Encuéntrase sometida a avatares, a

(139) D. I, 5, 2.

(140) Así, la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982, en su exposición de motivos, después de reiterar que «los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen tienen el rango de fundamentales [...]», hace notar que tales derechos han sido encuadrados por la doctrina jurídica más autorizada entre los derechos de la personalidad, calificación de la que obviamente se desprende el carácter irrenunciable [...].

la confrontación con otras esferas, a modulaciones o acotaciones quizá invocadas como ineludibles por organismos técnicos, o hasta revestidas como razones de Estado. En definitiva, requiere persistente reafirmación, remodeladoras puntualizaciones. Entraña así, probablemente, una de las más palmarias manifestaciones de la «lucha por el Derecho». Permanece abocada a incesante contraste frente a intereses y potestades acaso dotadas asimismo de otros reconocimientos formales, o respecto de otros derechos que reclaman preferencia general o al menos *ad cassum*.

De ahí que, aun asumidos como derechos fundamentales, los derechos de la personalidad estén llamados a permanecer en continua dialéctica argumental. Dialéctica concerniente al contenido, al alcance de su respectiva área y a las restricciones o expansiones de la misma. El carácter de derechos fundamentales no los encasilla en moldes cerrados, pues mantienen su natural dinamismo pugnaz y expansivo. De modo que la perspectiva tópica hecha patente en los derechos de la personalidad se aprecia asimismo, como muy certeramente ha hecho notar Böckenförde, en el método y variedad de razonamientos empleados a la hora de aplicar los derechos fundamentales (141). Su desarrollo y esclarecimiento requiere fórmulas abiertas, análisis y precisiones no estereotipadas, que caen fuera de la mera subsunción. Sugieren e irradian de continuo aplicaciones y exigencias sobre problemas de novísimo planteamiento que dan lugar a controversias sobre puntos específicos. E incluso cabe decir que, por ese camino, varía con el tiempo y se perfila el significado mismo y aun la lista efectiva de los derechos fundamentales (142). Requieren éstos, hoy también, ponderaciones minuciosas entre el *verum* y el *factum*, con arreglo a postulados de equidad; en suma, una tarea de *prudentia juris* orientada a señalar áreas y alcances sobre zonas jurídicas movedizas, de fácil colisión.

16. INVISTEN CON PRERROGATIVAS DE ORDEN PÚBLICO

Pero, aun así, y quizá precisamente por ello, pues esta movilidad de perfiles no es, en definitiva, sino intrínseca y vivaz reacción generadora de continua puesta al día, los derechos de la personalidad vienen a hacer eficaz, en todo caso, la rica y expansiva gama de virtualidades de la persona. Confieren a su posición jurídica una investidura que se hace presente y redundante en el ámbito total del Derecho.

(141) Vid. BÖCKENFÖRDE: *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation*, loc. cit., p. 1.536.

(142) Cfr. SCHWARTZ: *The Great Rights of Mankind*, 1977, pp. 220 y ss., en donde se explica la expansión, los nuevos matices y las variaciones prácticas de *Bill of Rights* experimentadas durante los treinta años anteriores.

Al ser «inherentes a la personalidad» (143), la acompañan y describen en torno a ella una esfera de respeto y de afirmación dotada de sentido en toda suerte de contingencias. Tradúcese tal esfera en presunciones de colmada plenitud. proyecta, en efecto, un ámbito de inmunidad y preferencia en relación con el cual las pretensiones en contrario vienen estigmatizadas con impronta restrictiva.

El Derecho comparado hace patente, en efecto, la conceptualización preferencial —*preferred position*, se ha dicho— que asiste a estos derechos en su calidad de libertades fundamentales. Toda ley que interfiera en un derecho erigido como fundamental se hace sospechosa de inconstitucionalidad y necesita justificarse frente al reclamante en calidad de solución única y excepcional, por lo que se encuentra sujeta a inquisición judicial rigurosa (144). Y no de otro modo se debe enfocar la cuestión entre nosotros. Pues, ante cualquier «proceder modificativo o extintivo de los derechos fundamentales, la autoridad que realice el acto deberá estar en todo momento en condiciones de ofrecer la justificación». «Se requiere al efecto una motivación cumplida y suficiente» (145). De lo contrario, vendría a desconocerse la supremacía informante y configuradora que, expresamente, viene atribuida a estos derechos.

Su alcance y efectividad se proclama en nuestro Derecho con rango preeminente. «Responden a principios de alcance universal» (146). Dan razón de «bienes e intereses esenciales» (147). Expresan y contienen valores superiores del ordenamiento, de suerte que la alteración de su régimen requiere tratamiento asimilable a un cambio constitucional; vinculan a todos los poderes públicos, y sólo pueden ser regulados por la Ley orgánica (148). Ostentan reforzados cauces de efectividad, pues su tutela, además de las vías ordinarias, cuenta con específico procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, el recurso de amparo. En suma, su estructura y su función despliegan, en principio, prevalencia respecto de los demás derechos, a los cuales, si se plantea alternativa, relegan en toda confrontación que no cuente al efecto con apoyo en otra normatividad explícita y suficiente.

Tan trascendental cometido ofrece repercusión capital en el orden interpretativo. La técnica hermenéutica no es aquí válida para restringir derechos (149). Toda norma habrá de entenderse y aplicarse, si no consta lo contrario, en el sentido más favorable para la efectividad de los derechos esenciales de la persona (150). Traen éstos conexión

(143) Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de junio de 1981.

(144) GARCÍA DE ENTERRÍA: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, cit., pp. 146 y ss.

(145) Sentencias del Tribunal Constitucional, entre otras, de 17 de julio de 1981 y 31 de enero de 1985.

(146) Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de junio de 1981.

(147) Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de julio de 1981.

(148) Constitución Española, artículos 10, 1, 168, 53 y 81.

(149) Cfr. sentencia del Tribunal Constitucional de 25 de mayo de 1983.

(150) Sentencias del Tribunal Constitucional de 14 de marzo de 1983 y 18 de enero de 1985.

vinculante con criterios abiertos de formulación internacional (151). Por su propia naturaleza ofrecen base amplificadora en sostenida tensión hacia aspectos cada vez más pormenorizados a la hora de apreciar matices respecto de lo que a la persona, como tal, le es debido. La lista de derechos fundamentales susceptibles de reconocimiento adviene así expansiva, enderezada hacia máximos de protagonismo, de respeto y de significado positivo y configurador.

Habrà de presumirse excepcional cualquier reducción que afecte a los derechos de la personalidad erigidos como fundamentales. Ostentan éstos vocación de integridad. No cabe hablar, es cierto, de ilimitación, pero sí de presunción favorable a su plenaria aplicación y vigencia. Las restricciones «sólo serán admisibles en la medida en que resulten estrictamente indispensables» (152). Se afirma que «la limitación o suspensión de derechos fundamentales sólo se justifica en aras de la defensa de los propios derechos fundamentales» (153), y aun en tal caso han de ser proporcionales y ajustadas al fin justo de que se trate (154).

Congruentemente, son de advertir notables consecuencias respecto de la carga de la prueba. Si toda restricción es en el fondo anormal, excepcional, quien aspire a establecerla habrá de probar que es del todo fundada y pertinente. Y, a la inversa, la reclamación positiva acerca del alcance propio de tales derechos vendrá facilitada al demandante con sólo poner de relieve la mengua inferida a los mismos, pues operará entonces la regla de que «la limitación del derecho es una excepción puesta a su normal ejercicio, y que la prueba de las excepciones compete siempre al demandado» (155).

La cuestión se extiende, asimismo, hacia obligado análisis crítico acerca del modo de obtener las pruebas. Pues, en consonancia con exigencias de la buena fe y de los límites normales impuestos a todo ejercicio jurídico, se proclama la inadmisibilidad de las conseguidas con violación de derechos fundamentales (156).

(151) Además de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que es referencia básica, han de citarse la Convención de Roma de 4 de noviembre de 1950, para la Protección del Hombre y Libertades Fundamentales; los Pactos de 16 de diciembre de 1966, relativos uno a Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el otro a Derechos Civiles y Políticos. Todos ellos ratificados por España. Y, asimismo, el Acuerdo VII del Acta Final de la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa (Helsinki) y la Declaración Común del Parlamento Europeo, Consejo y Comisión relativa a los Derechos Fundamentales, firmada en Luxemburgo el 5 de abril de 1977.

(152) Sentencias del Tribunal Constitucional, entre otras, de 15 de junio de 1981 y 31 de enero de 1985.

(153) Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de julio de 1981.

(154) Sentencias del Tribunal Constitucional de 15 de octubre de 1982 y 31 de enero de 1985.

(155) Cfr. sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de julio de 1981.

(156) Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de noviembre de 1984, según la cual «su recepción implicaría una ignorancia de las garantías propias del

Con la particularidad de que estas prerrogativas conducentes hacia plenarias vigencias, se encuadran en un contexto de orden público sustraído a la autonomía de la voluntad, o, al menos, en una periferia estrechamente conexas a tal orden, sobremanera propicia a integrarse en el mismo y a sustanciar pariguales efectos. Al tratarse de derechos conceptuados expresamente como fundamentales, tal inclusión se encuentra fuera de posible duda (157). Elocuente, en tal sentido, es la obligada presencia del Ministerio Fiscal en los procesos relativos a estas materias, precisamente en calidad de parte (158). Ahora bien, aun al margen de un explícito reconocimiento como fundamentales, los derechos de la personalidad instan, por diversas vías y equivalentes calificaciones, similar prevalencia e idéntico rango funcional.

Así, caso de ser materia referente al estado civil de la persona, será incuestionable su inclusión en el orden público, con obligada intervención asimismo del Ministerio Fiscal, y con eficacia respecto de terceros. No en vano tales cuestiones se refieren a la cualidad que resulta del puesto que se tiene en cada una de las situaciones tipificadas como fundamentales en la organización civil de la comunidad (159). En otra dirección, diversos derechos de la personalidad encontrarán, por principio, conceptualización y valor de «derechos humanos», con lo que, a través de la correspondiente Declaración Universal y los Tratados y acuerdos internacionales que los aplican, obtendrán presencia en la normatividad interna relativa a derechos fundamentales y libertades públicas. En fin, cauce sobremanera relevante en el mismo sentido, es el carácter fundamental del derecho a la dignidad de la persona, en función del cual quedan potencialmente abarcados, en principio, todos los derechos de la personalidad, pues objeto propio de los mismos es, precisamente, la defensa de tal dignidad (160). Dignidad cuyo respeto y libre desarrollo encuéntrase constitucionalmente erigido en fundamento del orden y la paz social, esto es, en elemento integrante del orden público. En el rango fundamental explícito atribuido a la dignidad de la persona se encuentran así implícitas las diversas variedades de derechos de la personalidad en cuanto conducentes a hacerla efectiva. La técnica esclarecedora de proposiciones

proceso» (art. 24.2 de la CE), suponiendo también una inaceptable confirmación de la desigualdad entre las partes en juicio (art. 14 de la CE), desigualdad que se ha procurado antijurídicamente en su provecho quien ha recabado instrumentos probatorios con desprecio a los derechos fundamentales de otro. El concepto de «medios de prueba pertinentes» que aparece en el artículo 24.2 de la Constitución Española pasa aquí a incorporar en su contenido esencialmente técnico-procesal, un *alcance también sustantivo*, en mérito del cual nunca podrá considerarse pertinente un instrumento probatorio así obtenido».

(157) Sentencias del Tribunal Constitucional de 17 de julio de 1981 y de 13 de febrero de 1985.

(158) Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de «Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona» (art. 12.3).

(159) DE CASTRO: *Compendio de Derecho Civil*, Madrid, 1970, p. 171.

(160) *Vid.* sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985.

implícitas (161) ofrecerá, en consecuencia, camino expansivo hacia interpretaciones evidenciales de ese nivel connatural y propio de los derechos de la personalidad.

Y en este contexto regido por exigencias de orden público es donde se insertan y obtienen significación las aludidas presunciones afirmativas, y otras que cabría apreciar, en relación con la plenaria efectividad de los derechos de la personalidad, tanto si se encuentran erigidos como fundamentales como si no. Frente a ese orden imperativo advienen irrelevantes los pactos en contrario y los actos de renuncia tal y como los artículos 6.2 y 1.255 del Código civil establecen y la doctrina enseña (162). Asimismo, en su virtud se hace patente la presunción de encontrarse tales derechos en efectivo ejercicio. Al no ser renunciables y pertenecer a la persona como tal el propio orden público no puede menos de mantener y colegir su vivencia individualizada y efectiva, no interrumpida (163). De lo cual resulta para cada uno no sólo la titularidad sino también la posesión de sus respectivos derechos de la personalidad. Pues el ejercicio jurídico es criterio expresivo de configuración posesoria (164). Sabido es que, entre otras corrientes conformadoras, nuestro Código acoge en este punto la tradición canonista con arreglo a la cual cualquier derecho, oficio, cargo, y concretamente el *status*, serán susceptibles de posesión. El antiguo adagio *spoliatus ante omnia restituendus* encuentra reflejo en la generalizada posesión de derechos como verdadera posesión, y no como mera cuasi posesión (arts. 430, 431, 432 y 438), y en la tutela interdictal dispensada a todo poseedor. Además, en materia de derechos de la personalidad el propio orden jurídico reconoce e inviste a la persona con «los que le son inherentes», por lo que su posesión habrá de tenerse como pública aun al margen de la intencionalidad explícita del interesado. Pues como certeramente se ha hecho notar, la exigencia de publicidad se independiza de la voluntad del sujeto poseedor (165).

Las diversas proyecciones defensivas de los derechos de la personalidad culminan, en suma, en la garantía de encontrarse en todo momento en situación de posible defensión frente a cuanto lesione su plenitud. Y es precisamente al recabar la tutela jurisdiccional cuando los derechos de la personalidad muestran de modo común e indiscriminado el significado fundamental que le es propio. Pues hacen patente entonces la índole de los intereses que comportan. Intereses que, en tal fase de ejercicio, delatan esencial inherencia en la persona, por lo que contrastan respecto de los otros intereses que, si bien

(161) Cfr. Z. GIACOMETTI: *Die Freiheitsrechtskataloge als Kodifikation der Freiheit*, «R. D. Suisse», 1955, pp. 149 a 171; J. F. AUBERT: *Traité de Droit Constitutionnel Suisse*, Neuchatel, I, 1967 pp. 125 y ss.

(162) DE CASTRO: *Notas sobre limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad*, ADC, 1982, pp. 1014 a 1051.

(163) Sentencias del Tribunal Constitucional de 14 de febrero de 1983 y 5 de febrero de 1985.

(164) HERNÁNDEZ GIL: *La posesión*, Madrid, 1980, p. 270.

(165) Cfr. A. M. MORALES MORENO: *Posesión y usucapión*, Madrid, 1972, p. 168.

jurídicamente protegidos, no entrañan esa consustancialidad, con la consiguiente diferencia de efectos (166).

Mas a su protección en vía jurisdiccional debe acompañar creciente asentimiento espontáneo de los derechos de la personalidad. Únicamente por esa vía se produce la necesaria compenetración entre vida social y vida personal. Pues es en la dimensión relacional con los demás donde se afirma el hombre como persona. El «yo» adquiere sentido por la interrelación vivida; lejos de ser dato previo, dimana del «nosotros». Como bien observó Xavier Zubiri, la conocida noción de Boecio define sólo al *suppositum*, al supuesto previo, al ser humano. Porque la noción de persona ha de incluir además la «religación» que le es propia; «religación» con los otros hombres, y en definitiva con el *ens fundamentale*, Dios. En esa «religación» el hombre cobra su libertad, su «relativo ser absoluto»: absoluto porque es suyo; relativo, porque es «cobrado» (167). Por ello la progresión afirmativa de lo personal supone añadir a ese *suppositum* crecientes nexos de alteridad y mutuos reconocimientos. Han de generalizarse actitudes y estilos colectivos que confieran sustentación y arraigo a las exigencias jurídicas. El hombre se hace persona al enfrentarse con lo que no es él en virtud de los dictados de su conocimiento y de su conciencia. La existencia humana es coexistencia. De ahí que los derechos de la personalidad requieran previa implantación social como vigencia reconocida y asumida de buen grado, en el contexto de las relaciones recíprocas y en el intercambio social. Necesitan nutrirse de convicciones, de vivencias efectivas, de aceptaciones unánimes, de enseñadas observancias. Sólo de esa manera sus postulados no quedarán relegados a mero ideario, a declaración formal, sino que darán razón de una *opinio iuris* generalizada y vinculante, eminentemente sustancialista. Serán expresión de prerrogativas y respetos por todos reconocidos a la dignidad humana.

(166) «[...] dentro de los intereses protegidos hay que distinguir los de carácter personal, pues en relación con ellos se establece el derecho fundamental del artículo 24.1 de la Constitución Española (sus [...] intereses legítimos), lo que significa que si el que ejercita la acción es titular de un interés legítimo y personal, lo que está ejercitando es un derecho fundamental, que goza de la protección reforzada que otorga la Constitución a los comprendidos en la Sección 1.ª del Capítulo 2.º, de su Título I, incluido el recurso de amparo.» (Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de julio de 1983.)

(167) XAVIER ZUBIRI: *Naturaleza, Historia, Dios*, Madrid, 1974, pp. 368 a 389, así como en *Sobre la Esencia*, Madrid, 1962, pp. 433 a 435.