

LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD EN GENERAL: CONCEPCIÓN TRADICIONAL*

GONZALO FIGUEROA YAÑEZ
Universidad de Chile

I. EL ESTADO ACTUAL DE LA DOCTRINA DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

1. Falta de un tratamiento jurídico integral para la protección de la persona en los Códigos del Siglo XIX: insuficiencia de los “atributos de la personalidad”

El derecho existe para el hombre y es creación del hombre; la persona natural es siempre la destinataria mediata o inmediata de la norma jurídica. Desde la abolición de la esclavitud, y en consecuencia desde que todos los hombres pasaron a ser personas, puede sostenerse que la finalidad esencial del ordenamiento jurídico es la protección de la especie. Desde el momento del nacimiento -y aún antes- cada persona tiene derecho a una protección jurídica integral, que abarca no solamente su supervivencia y desarrollo biológico, sino que se extiende también a su integridad moral, a su dignidad y a su libertad.¹

Sin embargo, y a pesar de la importancia primordial que jamás se le ha negado, los Códigos Civiles decimonónicos destinaron a la persona natural muy pocas disposiciones, siguiendo en esta materia una tendencia que marcó el Código Civil francés de 1804. Puede señalarse como ejemplo al Código Civil chileno, que de los 511 artículos que configuran el Libro I destina escuetos 44 artículos a definir las personas naturales, a su nacimiento y muerte y a algunos atributos de la personalidad, como el domicilio.² El resto del articulado de ese Libro contiene una reglamentación larga y minuciosa del matrimonio y de las relaciones de familia.

* Esta ponencia fue presentada primeramente en la Mesa Redonda sobre “El Rol de la Bioética frente al conocimiento del genoma humano”, que tuvo lugar en el contexto del XXVIII Congreso Argentino de Genética y Encuentro Latinoamericano de Bioética y Genoma Humano, el que se desarrolló en San Miguel de Tucumán entre el 14 y el 18 de septiembre de 1997.

¹ Sintetizamos en este Capítulo lo que hemos sostenido en otras ocasiones acerca del mismo tema. Véase FIGUEROA YAÑEZ, Gonzalo, *Persona, pareja y familia*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995, especialmente págs. 9 y siguientes.

² Deben excluirse del Libro I los 53 artículos que constituyen el Título Preliminar, puesto que ese Título no forma parte de dicho Libro I. En realidad, tratan acerca de las personas tan sólo los arts. 54 a 97 del Código Civil.

A falta de tratamiento legal, la civilística clásica señaló a los llamados “atributos de la personalidad” como características de las personas. Desde entonces se viene repitiendo que las personas se caracterizan por su nombre, su capacidad de goce, su estado civil, su nacionalidad y su domicilio, atributos a los que algunos agregan su patrimonio. *Estas características son claramente insuficientes*: una persona no es ni un nombre, ni un estado civil, ni un domicilio, si bien puede “tener” esos atributos. Todos ellos, salvo la capacidad de goce, resultan irrelevantes como características esenciales de las personas. Y esta capacidad de goce corresponde tan sólo a un atributo jurídico-económico de la personalidad natural. El concepto de persona excede con mucho a la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones patrimoniales.

2. La adición de los “derechos de la personalidad” durante el Siglo XX. Su relación con los derechos humanos

Solamente a partir de mediados del Siglo XX, y en especial por influencia del Código Civil italiano de 1942, la civilística agregó a los “atributos” tradicionales los llamados “derechos de la personalidad”, denominados también por algunos “*ius in se ipsum*”: derecho a la vida, derecho a la integridad física y psíquica, derecho al honor, derecho a la libertad, derecho a la actividad vital y al trabajo, derecho a la privacidad o intimidad, derecho a la identidad personal, derecho a disponer de partes separadas del cuerpo, etc³. Estas características corresponden en general, dentro del ámbito del Derecho Civil, a las que ya había encontrado el Derecho Público para definir a las personas dentro de su especialidad. Los derechos de la personalidad “no son más que el resultado de la privatización de los derechos públicos subjetivos⁴, que la mayoría de las Constituciones Políticas acogieron primeramente bajo el nombre de “garantías constitucionales” y que se conocen hoy con la denominación de “derechos humanos”.

En la actual evolución jurídica, una persona natural se encuentra resguardada por los derechos humanos que contemplan las Constituciones Políticas y los Tratados Internacionales en vigencia en el país de que se trate, por los derechos protegidos por el ordenamiento penal, así como por los derechos y atributos de la personalidad contemplados en la legislación civil. En el fondo, se trata del mismo objeto de protección, según las diversas perspectivas jurídicas involucradas. Algunos juristas contemporáneos encaminan hoy sus esfuerzos a la unificación de estas perspectivas distintas en un tratamiento uniforme, que puede estar contenido en un nuevo Libro I del Código Civil, destinado exclusivamente al Derecho de la Persona, la que pasaría así a constituirse en la figura principal de todo el Derecho⁵.

³ Una buena sistematización de los derechos de la personalidad puede encontrarse en FUEYO LANERI, Fernando, *La persona y los bienes y derechos de la personalidad*, apuntes para clases, Universidad Diego Portales, 1988, fotocopia, págs. 19 y siguientes. Esta sistematización es analizada en el Numerando 4 de esta ponencia.

⁴ MERINO SCHEIHING, FRANCISCO, *Consideraciones en torno a los derechos de la personalidad*, apuntes para clases, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, sin fecha, fotocopia, pág. 3.

⁵ Es lo que el profesor Fernando Fueyo ha reclamado en varias de sus obras. Véase FUEYO

3. Fundamentos y características de los derechos de la personalidad

Pensamos que el fundamento primero de todos los derechos esenciales de las personas naturales, estén consagrados en Tratados Internacionales, en Constituciones Políticas o en Códigos Penales o Civiles, es su dignidad⁶. De esa dignidad de la persona derivan los conceptos de igualdad jurídica, de no-discriminación y de libertad. El derecho a la integridad moral y al honor, el derecho a la privacidad, a la intimidad y a la imagen, la inviolabilidad del hogar y de la correspondencia, tienden todos a resguardar la dignidad de cada individuo de la especie humana.

Los autores clásicos han caracterizado los derechos esenciales de las personas naturales con los siguientes atributos, que quisiéramos analizar muy brevemente aquí:

a) *Son innatos y anteriores al Estado*. Esta característica fue sostenida a partir del Siglo XVIII por el Iusnaturalismo o Escuela de Derecho Natural. Según ella, el hombre posee, por esencia, ciertos derechos fundamentales e inalienables, anteriores y superiores al Estado, derechos que no le incumbe al ordenamiento jurídico otorgar, sino reconocer y sancionar. Así pensaron Grocio, Pufendorf, Spinoza, Hobbes, Locke, Rousseau, Wolff y Kant. Su pensamiento quedó plasmado en las Constituciones y Declaraciones del Siglo XIX, en las cuales la idea de los derechos naturales aparece estrechamente conectada con la Teoría del Contrato Social: al organizar el Estado por medio del contrato social, el hombre se despoja de algunos de sus derechos, para cederlos a la nueva entidad, pero es incapaz de despojarse de sus derechos fundamentales básicos, que configuran la barrera que el Estado debe siempre respetar.

Nosotros discrepamos de tal explicación⁷. Creemos, en cambio, que los derechos de las personas o derechos humanos tienen un fundamento suprajurídico: se generan en la colectividad humana como exigencias éticas en torno al concepto de dignidad del hombre. No preexisten en una especie de limbo metafísico prejurídico. Tampoco nacen de una concesión graciosa de la ley positiva. La colectividad humana es portadora de valores, los cuales varían históricamente conforme a los intereses de las épocas y dan contenido a las culturas. Esos valores se expresan en normas

LANERI, Fernando, *Derecho de la persona: evolución, institucionalización y polarización*, preparado para el curso de Derecho Civil Profundizado que ofreciera en la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile el año 1969, y *La persona y los bienes y derechos de la personalidad*, ob. cit. Esta tendencia se comprueba también en algunos Códigos Civiles de este Siglo, como el *Código Civil suizo* de 1907, cuyo Libro I se denomina "Derecho de las Personas" y el *Código Civil italiano* de 1942, que incorporó a la civilística los derechos de la personalidad. Agréguese el *proyecto de Código Civil brasileiro* de 1963, del profesor Orlando Gómez, cuyo Libro I se denomina "De las Personas", y el Proyecto de Código Civil paraguayo de 1964, del profesor Luis de Gásperi, cuyo Libro I lleva idéntico nombre.

⁶ Sintetizamos aquí lo que hemos sostenido en otras ocasiones. Véase FIGUEROA YAÑEZ, Gonzalo, *Persona, pareja y familia*, ob. cit., págs. 14 y siguientes. Véase también FIGUEROA YAÑEZ, Gonzalo, *Ética y Política*, artículo aparecido en el *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* N°5, del año 1987, Imprenta EDEVAL, Valparaíso, Chile, 1988, págs. 119 y siguientes.

⁷ Véase FIGUEROA YAÑEZ, Gonzalo, *Teoría del Estado Subsidiario*, en *Occidente, Revista de Información, Cultura y Ciencia*, N°291, mayo-junio de 1981, Santiago, Chile, págs. 14 y siguientes.

éticas y jurídicas, las cuales presuponen la existencia de tales valores. El fundamento de los derechos humanos es, en consecuencia, un fundamento ético-axiológico (o valorativo). Es el valor que asignamos al hombre como tal y la concepción que tenemos de su dignidad intrínseca, los que fundamentan estos derechos humanos⁸.

En consecuencia, creemos perfectamente posible fundamentar el respeto por los derechos humanos en una conciencia jurídica colectiva reconocida en diversos instrumentos internacionales, el más importante de los cuales es la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, promulgada por las Naciones Unidas en 1948.

b) Son absolutos, esto es, su respeto puede imponerse y exigirse de cualquier individuo, pueden oponerse a todos sin distinción, son *erga omnes*, tienen un sujeto pasivo universal. En efecto, todos los hombres, sin exclusión, deben respetar el derecho a la vida, a la integridad física y moral, al honor, etc., de los demás. Lo dicho no significa que los titulares de estos derechos esenciales tengan en su ejercicio un poder arbitrario e irresponsable. Todo derecho se ejerce dentro de un contexto social y reconoce los límites de los intereses colectivos, de la ley, la moral y el orden público y no puede ser ejercido con abuso o lesión de los derechos de terceros⁹.

c) Son extrapatrimoniales, esto es, no son susceptibles de apreciación pecuniaria. Ello no obsta para que su violación pueda dar origen a ilícitos penales y civiles y en consecuencia, generar efectos pecuniarios por la vía de la reparación de los daños materiales y morales que se hayan causado.

d) Son irrenunciables e intransferibles, no están sujetos a disposición por parte de sus titulares y se encuentran fuera del comercio y del mercado. Como consecuencia, son inalienables, intransferibles, intrasmisibles, inembargables e imprescriptibles.

e) Son originarios, esto es, aparecen espontáneamente en la persona de su titular, y no requieren que otro titular anterior se los ceda, transfiera o traspase¹⁰.

4. Enumeración de los derechos de la personalidad

Son múltiples las enumeraciones, agrupamientos y clasificaciones propuestas por los autores respecto de los derechos de la personalidad. Para los efectos de esta

⁸ Seguimos en esta materia muy de cerca el pensamiento de FERNÁNDEZ, Eusebio, *El problema del fundamento de los derechos humanos*, en *Anuario de Derechos Humanos* 1981, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, enero de 1982, págs. 85 y siguientes, y el de SANTIAGO NINO, Carlos, *La fundamentación liberal de los derechos individuales básicos*, en *Introducción al análisis del Derecho*, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1980, págs. 417 y siguientes.

⁹ Sobre la relatividad en el ejercicio de los derechos absolutos existe una amplísima bibliografía. Véase como ejemplo JOSSEAND, Louis, *Derecho Civil*, Bosch Editores, Buenos Aires, Argentina, 1952, Tomo I, Volumen I, págs. 153 a 156, donde se resume la discusión existente sobre este tema hasta ese momento.

¹⁰ Definición tomada de MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Editoriales Jurídicas Europa - América, Buenos Aires, Argentina, 1954, Tomo II, págs. 25 y 26.

ponencia, utilizaremos la que ha sugerido el profesor don Fernando Fueyo Laneri¹¹, el que distingue las siguientes categorías:

a) *Derechos de la personalidad que protegen la integridad física del titular.* Entre ellos, se encuentran el derecho a la vida, el derecho a la integridad física, el derecho a disponer de partes separadas del cuerpo, el derecho a la integridad psíquica, el derecho a la salud, el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación y el derecho a disponer de su propio cadáver para trasplantes y otros fines. Nosotros agregamos a esta enumeración los derechos reproductivos (a la procreación y a la no-procreación), el derecho a escoger su propia muerte y el rechazo del tratamiento vital (con el problema de la licitud o ilicitud del suicidio), los problemas de desprotección jurídica de la vida humana a propósito de la aplicación de la pena de muerte, el problema de la huelga de hambre y los problemas de la eugenesia y eutanasia.

b) *Derechos de la personalidad que protegen la integridad espiritual del titular.* Entre ellos, el profesor Fueyo señala el derecho al honor, el derecho a la propia imagen, el derecho a la intimidad, reserva o secreto (objeto de nuestra atención en esta ponencia), el derecho a toda forma de comunicación privada, la inviolabilidad del hogar y la igualdad ante la ley. Nosotros ubicamos la igualdad ante la ley dentro de la enumeración de otras igualdades, y agregamos a la nómina de derechos que se refieren a la integridad espiritual el derecho a la identidad personal, el derecho moral de autor y el derecho a defender el honor de personas ya fallecidas.

c) *Derechos de la personalidad que aseguran la libertad del titular,* entre las cuales el profesor Fueyo ubica la libertad y la seguridad personales, la libertad de conciencia y culto, la libertad de enseñanza, la libertad de expresión y la libertad de trabajo. Debería agregarse la libertad de comercio y la libertad sexual.

d) *Derechos de la personalidad que protegen el desarrollo personal y espiritual,* como el derecho a la educación, el derecho a la información o publicidad, el derecho a reunirse pacíficamente, el derecho a asociarse, el derecho a la seguridad social, el derecho a la sindicalización, el derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita, el derecho a presentar peticiones, el derecho de propiedad, el derecho patrimonial de autor y la propiedad industrial. Podría agregarse el derecho a la libre investigación científica y a experimentar en busca de la verdad, así como un derecho general a la propia actividad. Y en lo que se refiere a igualdades, la igualdad ante la ley, la igualdad ante la justicia, la igualdad antes los cargos y las cargas públicas y el principio de no-discriminación.

e) *Derechos de la personalidad que se refieren a las relaciones de familia,* como los que norman las relaciones entre los cónyuges o entre padres e hijos.

¹¹ FUEYO LANERI, Fernando, *La persona y los bienes y derechos de la personalidad*, ob. cit.

II. EL DERECHO A LA INTIMIDAD, RESERVA O SECRETO EN SU CONCEPCIÓN TRADICIONAL

5. El ámbito reservado de la actividad humana. La intimidad territorial, corporal y psicológica o espiritual

La mayoría de los ordenamientos jurídicos contienen disposiciones para proteger la vida privada de las personas, la inviolabilidad del hogar y de la correspondencia¹². Este derecho ha sido denominado “derecho a la privacidad”, “al secreto”, “a la intimidad”, “al reposo” o “a la confidencialidad”. Se suele enumerar, junto con estos derechos, el derecho a la imagen y el derecho moral de autor.

Debemos reconocer que existen algunos actos en la vida de los hombres que son y deben seguir siendo públicos, porque deben ser conocidos por la ciudadanía toda, en tanto existen otros actos que los hombres desean muchas veces mantener en reserva, o darlos a conocer solamente a personas estrictamente determinadas¹³. A los primeros pertenecen los actos de gobierno, las deliberaciones y acuerdos parlamentarios, las leyes que se hayan promulgado, o las sentencias judiciales que se hayan dictado, o algunos delitos de interés social. Cada uno tiene su forma propia de publicidad. En el ámbito del Derecho Civil, el establecimiento de solemnidades es una manera de hacer público a veces un acto o contrato. Existen también requisitos de publicidad de algunos actos jurídicos, cuya inobservancia produce la inoponibilidad. La ley impone a veces una publicidad que estima necesaria.

Pertenecen, en cambio, a la esfera privada aquellos actos que se relacionan con la vida afectiva, con defectos físicos o psíquicos de las personas, con el pudor o con la utilización del tiempo del ocio, en todos los cuales los individuos esperan encontrar respeto y comprensión, algún grado de serenidad y paz emocional. Este es el espacio que protegen las disposiciones constitucionales y legales referidas, y que se han englobado dentro del concepto de derecho a la intimidad, reserva o secreto.

Los autores Manuel Lavados y Alejandro Serani¹⁴ distinguen tres tipos de intimidad: territorial, corporal y psicológica o espiritual. La intimidad territorial dice relación con un espacio físico que los individuos demarcamos como propio. Según estos autores, esta es una característica que los humanos compartimos con los vertebrados en general, en algunos de los cuales encontramos conductas de demarcación y protección de territorio análogos a aquellos que se encuentran en nuestra especie. En el ámbito de las conductas humanas, “lo propio”, territorialmente hablando, se concreta en la propiedad territorial privada y en las leyes que la protegen, en los derechos de fijar los límites exactos de toda propiedad, de cerrarla y de construir en ella cercas divisorias¹⁵, y en la prohibición impuesta a los vecinos de abrir

¹² Así, el art. 19 N°4 de la *Constitución Política de la República de Chile*, asegura el respeto y protección a la vida privada y pública de la persona y de su familia, y el N°5 del mismo artículo asegura la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada.

¹³ Seguimos muy de cerca aquí lo que ya expresamos en nuestra obra *Persona, pareja y familia*, ob. cit., págs. 33 y siguientes.

¹⁴ LAVADOS M., MANUEL y SERANI M., Alejandro, *Ética Clínica, Fundamentos y Aplicaciones*, Facultad de Medicina, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile, 1993, págs. 103 y siguientes.

¹⁵ Arts. 842, 844 y 846 del *Código Civil chileno*.

ventanas en la pared medianera o de gozar de vista sobre la propiedad vecina¹⁶, así como en la inviolabilidad del hogar, que es un derecho constitucionalmente protegido¹⁷.

La intimidad corporal dice relación con el cuerpo humano y con sus órganos, respecto de los cuales no es lícita la intromisión ajena. Los autores Lavados y Serani señalan diversos grados de intimidad corporal, según las funciones fisiológicas que desempeñan tales órganos¹⁸. La exploración corporal que deben realizar los médicos para efectos de diagnóstico y de tratamiento, constituyen en este contexto excepciones a la regla general, que se han justificado por algunos con la existencia de un contrato tácito entre médico y paciente, en virtud del cual el segundo accede a exponer su cuerpo al primero, incluyendo los órganos que normalmente mantiene reservados u ocultos, con el objeto de posibilitar el diagnóstico, curación o rehabilitación, bajo la condición asumida por el médico, de que su intrusión a la intimidad corporal del paciente será la estrictamente necesaria para la obtención de los fines perseguidos, y será realizada tan sólo con la intención de encontrar elementos de significación médica o de realizar maniobras terapéuticas, excluyéndose toda intención estética, contemplativa o erótica. El contrato así concluido se encuentra -además- cubierto por el secreto profesional, que el médico debe estrictamente respetar.

La intimidad psicológica o espiritual se refiere a las percepciones, recuerdos, imaginaciones, afectos, emociones, estados derivados del placer o del dolor, alegrías y tristezas, temores, gozos, repulsiones o atracciones, angustias, sentimientos, juicios, razonamientos, deliberaciones o experiencias cognoscitivas o afectivas, de tipo personal, que el sujeto desea conservar en privado o permitir que sean conocidos tan sólo por un número limitado de personas. Deben agregarse las metas a corto, mediano o largo plazo que los humanos nos proponemos, nuestras estrategias y objetivos vitales, nuestros compromisos, proyectos, ambiciones y expectativas, los que muchas veces deseamos mantener en la privacidad. En el plano jurídico, este tipo de intimidad está protegido por las disposiciones que hacen inviolable cualquier forma de comunicación privada, que penalizan las torturas y los apremios ilegítimos y que garantizan la propiedad intelectual, literaria o artística.

6. La violación del derecho a la intimidad. Diferentes aspectos

Hemos sostenido en otra ocasión¹⁹ que la violación del derecho a la intimidad tiene dos aspectos diferentes: la mera intrusión que ejecuta un tercero a la intimidad de alguien, y la publicación posterior de algunos hechos protegidos por el derecho a la privacidad. El segundo aspecto es obviamente mucho más grave que el primero, en consideración a la facilidad de divulgación masiva que han alcanzado los medios de comunicación, alimentados muchas veces por la sed de novedades del grueso público. Agréguese la posibilidad que ha alcanzado la fotografía con teleobjetivos para captar imágenes a mucha distancia, y la posibilidad de utilizar micrófonos

¹⁶ Arts. 874, 875 y 878 del *Código Civil chileno*.

¹⁷ Art. 19 N°5 de la *Constitución Política chilena*.

¹⁸ LAVADOS M., Manuel y SERANI M., Alejandro, ob. cit., págs. 111 y siguientes.

¹⁹ FIGUEROA YAÑEZ, Gonzalo, *Persona, pareja y familia*, ob. cit., pág. 34.

ultrasensibles para grabar conversaciones. La existencia de grandes aglomeraciones urbanas, en las que las personas viven poco menos que hacinadas en pequeños departamentos, conventillos o poblaciones marginales, compartiendo una vecindad impuesta por circunstancias económicas, es un factor que facilita la recolección de información privada.

La intrusión de quien no tiene derecho para inmiscuirse en la privacidad ajena constituye, sin duda, una violación al derecho a la intimidad, protegido por la mayor parte de los ordenamientos constitucionales y legales. Dichas disposiciones jurídicas no exigen una divulgación posterior cuando aseguran este derecho. El ordenamiento jurídico chileno, por ejemplo, contiene diversas disposiciones legales que sancionan la intromisión misma a la privacidad, sin relacionar esa intromisión con una posible divulgación o publicidad posteriores²⁰. Fuera de los casos especialmente autorizados por la ley, toda intrusión en la propiedad ajena, o toda violación de correspondencia, o toda revelación de secretos profesionales, es sancionada. Obviamente, no puede el autor de tales violaciones utilizar la información o el material ilegalmente obtenido.

7. El derecho a la intimidad y sus posibles conflictos con otros derechos de la personalidad: con el derecho a la información o publicidad, con la libertad de expresión, con el derecho a la libre investigación científica

Ya dijimos que todo derecho se ejerce dentro de un contexto social y reconoce los límites del derecho ajeno. También es posible que existan zonas de colisión o conflicto con otros derechos de la personalidad igualmente protegidos. Esta circunstancia es especialmente notoria en el caso del derecho a la intimidad, reserva o secreto, que es objeto de nuestra actual atención. En efecto, este derecho puede entrar en conflicto con el derecho a la información o publicidad, con la libertad de expresión y con el derecho a la libre investigación científica.

La Constitución Política chilena asegura a todas las personas “la libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio...”²¹. El derecho a informar, acogido en esta disposición, implica el derecho a ser informado. Estos derechos a informar y a ser informado son básicos para un adecuado funcionamiento de la democracia en las sociedades contemporáneas. La crítica de los actos políticos y administrativos, los comentarios acerca de las producciones literarias, plásticas o musicales, la evaluación crítica de los espectáculos culturales o deportivos, el análisis de la política internacional, etc., han pasado a constituir parte de la civilización occidental al finalizar el siglo en que vivimos. No se concibe hoy una sociedad democrática sin una utilización amplia de esta libertad y sin una prensa libre y eficiente en su obligación de informar. Su existencia constituye un verdadero interés público.

²⁰ Así, por ejemplo, el Código de Procedimiento Penal es minucioso para reglamentar la entrada y registro de lugares cerrados, de libros, papeles y vestidos, así como la apertura de correspondencia epistolar y telegráfica (arts. 156 a 183). El mismo cuidado tiene la legislación aduanera para el caso de apertura y registro de mercadería que ingrese o egrese por las fronteras nacionales.

²¹ Art. 19 N° 12 de la *Constitución Política de la República de Chile*.

La libertad de expresión es igualmente consustancial con un adecuado funcionamiento del sistema democrático. En las sociedades pluriculturales y multiétnicas que constituyen las naciones contemporáneas, es esencial que cada partido político, cada religión, cada cultura, cada etnia, cada lengua, etc., tenga la posibilidad de expresar su posición y opinión frente a los grandes o pequeños problemas que las aquejen.

El derecho a la libre investigación científica y a experimentar en busca de la verdad ha sido incorporado a la lista de los Derechos Humanos por algunas Constituciones recientes. En virtud de tal derecho, los científicos deben sentirse protegidos en los trabajos de investigación que emprendan, si su objetivo primordial es la búsqueda de la verdad.

El ejercicio del derecho a informar y a ser informado, y su corolario, la libertad de expresión, así como el derecho a la libre investigación científica, pueden chocar, sin embargo, con el derecho a la intimidad, reserva o secreto. Pueden existir conflictos de intereses contrapuestos entre estos derechos, aunque todos ellos estén constitucionalmente garantizados. Tarde o temprano, se exigirá que la propia Constitución, la ley o la jurisprudencia tracen una línea clara que permita establecer hasta dónde pueden llegar los medios de información en el ejercicio de su derecho de informar, o los investigadores en el ejercicio de su búsqueda de la verdad científica, y cuál es el área reservada a la confidencialidad, a la privacidad o al secreto de la persona o de su familia.

Resulta claro que para lograr este propósito no es suficiente la escasa legislación que regula los medios de comunicación, en cuya virtud no es lícito publicar noticias falsas o documentos adulterados, inventar noticias, usurpar nombres, tergiversar hechos o divulgar piezas de un expediente criminal protegido por el secreto del sumario. Tampoco son aplicables a los casos propuestos las disposiciones penales que castigan la injuria o la calumnia, puesto que en el caso que nos ocupa se trata de la revelación de hechos íntimos de la persona protegida o de su familia, cuya publicidad no alcanza la tipificación penal. Y en lo que se refiere a la libre investigación científica, las disposiciones actualmente vigentes que la regulan o limitan son escasísimas, si no absolutamente inexistentes.

Creemos que para acercarse debidamente a este conflicto de intereses no debe olvidarse el contexto en que este conflicto se produce: en nuestros días, la información periodística, y también la información científica aunque en menor medida, ha devenido en mercadería, y ha nacido una competencia desenfrenada entre los órganos de prensa en relación con lo sensacional. Ello explica la avidez de ciertos periodistas por conocer aspectos muy íntimos de algún personaje de actualidad, que otra vez estuvieron reservados al ámbito de la privacidad. El caso de la Princesa Diana, recientemente acaecido, es un buen ejemplo de lo que venimos sosteniendo.

Dejando de mano por el momento los problemas que se presentan con la libre investigación científica, y concretándonos a la libertad de información, nos parece que una primera conclusión se impone: no es posible que un órgano de difusión pretenda refugiarse bajo el alero de la libertad de prensa, cuando se afecta el honor o la intimidad de la persona. La prensa no puede pretender colocarse por encima de la ética generalmente aceptada. Tampoco es posible que aquel que devela algún hecho privado pueda refugiarse en una especie de irresponsabilidad colectiva, muy utilizada por algunos periodistas que acostumbran a lanzar acusaciones en condicional, imputaciones generalizadas, subentendidos no explicitados, fuentes vagas

de información, siembras de dudas no fundamentadas, insistencias malsanas, etc., todas las cuales son formas de acusar a alguna persona sin asumir la responsabilidad correspondiente.

La conclusión no puede consistir, sin embargo, en el establecimiento de censuras previas. Porque cualquier censura es un atentado contra la libertad de emitir opinión y de informar, y en consecuencia, contra el sistema democrático. El principio de igualdad entre todos los hombres impide, por otra parte, erigir a uno o a unos de entre ellos en censor de los demás²².

El conflicto debe resolverse, por consiguiente, mediante la fijación precisa y clara del ámbito que abarca el derecho a la intimidad, reserva o secreto, más allá de cuyos límites no cabe intromisión de terceros, información o publicación sin la voluntad del sujeto protegido. Esta es una tarea urgente que no admite dilación.

Una vez fijado este ámbito del derecho a la intimidad, será fácil establecer las excepciones que sea necesario contemplar al principio general, y en que podrán admitirse, por circunstancias especiales, intromisiones bien reglamentadas por la ley, a la intimidad generalmente protegida. Pensamos en casos como el registro de personas cuando se busca dilucidar un crimen o simple delito, en el ingreso a recintos privados, en la violación de la correspondencia o en la grabación de sonidos o imágenes en los mismos casos²³. La posibilidad de imponer por ley exámenes médicos obligatorios debe contemplarse también como una excepción al derecho a la intimidad, si bien con fundamentos diferentes de los demás recién señalados. El secreto profesional, por su parte, puede considerarse como una ampliación del derecho a la intimidad, en el cual se impide al confidenciado (médico, abogado, sacerdote, por ejemplo) revelar una información que de no existir la institución podría libremente develar, y se le protege contra quienes puedan desear obtener dicha información confidencial.

III. LAS INVESTIGACIONES SOBRE EL GENOMA HUMANO: CAMBIOS DE PERSPECTIVA

8. Las investigaciones sobre el genoma humano y el proyecto de Declaración de la Unesco

Una verdadera revolución científica ha tenido lugar en el mundo desde que Crick y Watson descubrieron en 1953 la estructura en doble hélice del ácido desoxirribonucleico (ADN) y empezaron las investigaciones para trazar el mapa genético de la especie humana. Esas investigaciones han avanzado más rápidamente que lo esperado, de manera que deben estar concluidas a la vuelta del Siglo²⁴. Los

²² Así lo hemos sostenido en nuestro libro *Persona, pareja y familia*, ob. cit., págs. 35 y 36.

²³ Sobre las posibles excepciones al principio general de la intimidad, reserva o secreto, véase CARVALLO, Jaime, *Protección de la intimidad en la vida privada por el Derecho Privado y el Derecho Penal*, Facultad Internacional para la Enseñanza del Derecho Comparado, Amsterdam, Holanda, verano de 1969, mecanografiado.

²⁴ Alguna información científica, especialmente aquella relacionada con el impacto de los nuevos descubrimientos en el campo jurídico, puede encontrarse en VILA-CORO BARRACHINA,

hallazgos que se espera lograr se estiman fundamentales para detectar y combatir muchas enfermedades genéticas. El despistaje genético primero y la terapia génica después, tienen asegurado un lugar de gran importancia en la biología y en la medicina de los tiempos que vienen²⁵. La terapia supone manipulación del genoma. El problema se origina en la posibilidad de que haya manipulación sin terapia e intromisión indebida en el genoma humano, en cuyo caso el asunto puede exceder el campo médico-biológico para ubicarse en el campo ético o jurídico, e incluso en el campo penal. Piénsese que una manipulación en las células germinales puede incidir incluso en la descendencia del sujeto manipulado, alterando su herencia genética.

El peligro radica en la posibilidad de que se transite lenta e insensiblemente de la terapia génica a una intervención que desemboque en una ingeniería genética de mejoramiento de la especie, para concluir en las formas más extremas del eugenismo y del racismo²⁶. Frente a este peligro, el Consejo de Europa recomendó en 1982 incluir en el Catálogo de Derechos Humanos la intangibilidad de la herencia genética frente a intervenciones artificiales²⁷.

Precisamente para abordar estos problemas y ofrecer soluciones a nivel mundial, el Director General de la Unesco, don Federico Mayor Zaragoza, resolvió crear un Comité Internacional de Bioética y confió a Mme. Noelle Lenoir, miembro del Consejo Constitucional francés, la presidencia de tal organismo. Ese Comité ha redactado un proyecto de Declaración Universal sobre protección del Genoma Humano que se ha ido enriqueciendo paulatinamente con el aporte de diversos especialistas y de organizaciones interesadas, y debe ser presentado a la aprobación de la Conferencia General de la Unesco que tendrá lugar en octubre o noviembre de 1997, para ser refrendada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1998, precisamente al cumplirse 50 años de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, adoptada por ese mismo organismo en 1948²⁸.

¿Por qué una Declaración, que técnicamente y en derecho estricto no constituye una fuente de Derecho Internacional, y no una Convención Internacional, que sí la constituye?

El Presidente de la Comisión Jurídica del Comité Internacional de Bioética de la Unesco, embajador Gros Espiell, explicaba esta elección durante el Encuentro so-

Maria Dolores, *El derecho a la identidad personal*, comunicación presentada al I Encuentro de Reales Academias Hispanoamericanas, Granada, España, noviembre de 1994, fotocopia.

²⁵ Véase, por ejemplo, HOWARD, J. U. y otros, *Differential Diagnosis of retinoblastoma*, Am. J. Ophthalmol, vol. 60, 1965, págs. 160 y siguientes, citado por VILA-CORO BARRACHINA, Maria Dolores, ob. cit.: "El retinoblastoma es un tumor maligno de herencia dominante. El 40% de los hijos de un padre o madre afectado, desarrollarán la enfermedad muriendo en los primeros años de vida si no se trata adecuadamente. Se ha localizado el gen responsable. En un futuro muy próximo se evitará la enfermedad manipulando ese gen".

²⁶ ARCHER L., *Terapia genética humana*, en *Deberes éticos de la medicina actual* N°7 (Ética y biotecnología), Javier Gaffó, Madrid, España, 1993, pág. 123.

²⁷ MARTIN MATEO, R., *Bioética y Derecho*, Editorial Ariel, Barcelona, España, 1987, pág. 173, citado por VILA-CORO BARRACHINA, Maria Dolores, ob. cit.

²⁸ La redacción misma de la Declaración sobre el Genoma Humano estuvo en manos de la Comisión Jurídica del Comité Internacional de Bioética de la Unesco, Comisión que presidió el Embajador del Uruguay en Francia y ante la Unesco, Excmo. señor Héctor Gros Espiell, y de la cual el autor de esta ponencia formó parte.

bre Derecho, Bioética y la Investigación del Genoma Humano, que tuvo lugar en Santiago de Chile durante los días 17 a 20 de julio de 1995, recalando la rapidez con que se puede aprobar una Declaración, contra la lentitud del procedimiento de ratificación de las Convenciones. Además, una Declaración deja el camino abierto para que una Convención la complemente más adelante. Así aconteció también con la Declaración Universal de Derechos del Hombre de 1948 y con la Declaración Interamericana de Derechos Humanos.

No es el objetivo de esta ponencia entrar al análisis pormenorizado de tal proyecto de Declaración, pero sí parece oportuno subrayar que su artículo 1° eleva al genoma humano a la categoría de “*patrimonio común de la humanidad*” y señala que dicho genoma “*es la base de la unidad fundamental de todos los miembros de la familia humana y del reconocimiento de la dignidad intrínseca de cada uno de ellos*”²⁹. De esta manera, se establece respecto del genoma una especie de intangibilidad, de inapropiabilidad e in comerciabilidad, como fundamento de una prohibición de manipulación indebida.

El concepto de “*patrimonio común de la humanidad*” no es nuevo en el Derecho Internacional: ya había sido utilizado por la Convención de 1982 sobre Derecho del Mar. La novedad contenida en el proyecto de Declaración de la Unesco radica en el enfoque que ahora se da a este concepto, el cual deja de ser un elemento externo al hombre y pasa a ser algo de su más honda intimidad. Junto con el interés de la humanidad en la defensa de su patrimonio común, representado por el genoma, el artículo 2° del proyecto recalca además que “*el genoma de cada individuo representa su identidad genética propia*” y que “*cada individuo tiene derecho al respeto de su dignidad y de sus derechos, cualesquiera que sean sus características genéticas*”³⁰. El artículo 4°, por su parte, establece que “*la protección de la persona humana frente a las implicaciones de las investigaciones biológicas y genéticas tiene como objeto tanto la salvaguardia de la integridad de la especie humana, como el respeto de la dignidad, de la libertad y de los derechos de cada uno de sus miembros*”³¹. El artículo 5 señala: “*a) La investigación, actividad esencial del pensamiento, tiene por vocación, en los campos de la biología y de la genética, el progreso del conocimiento, la disminución del sufrimiento y el mejoramiento de la salud y del bienestar del individuo y de la humanidad entera. b) Cada uno tiene el derecho de beneficiarse de los progresos de la biología y de la genética, en el respeto de su dignidad y de sus derechos*”³². El artículo 6°, por su parte, reitera la idea anterior, al disponer que “*Ningún descubrimiento científico, en los campos de biología y de la genética, puede prevalecer sobre la dignidad y los derechos de la persona humana*”³³.

²⁹ Utilizamos la versión en idioma castellano del proyecto redactado originariamente en idioma francés con fecha 31 de diciembre de 1996, reconociendo que es posible que exista una versión posterior. La versión que hemos utilizado figura en el documento BIO-97/CONF.201/3 de la Unesco.

³⁰ Letras a) y c) del Artículo 2° del proyecto de Declaración.

³¹ Por faltar este artículo en la versión en idioma castellano que recibió el autor, se presenta una traducción libre del texto en francés tomado de la versión de 4 de marzo de 1996, contenida en el documento CIP/BIO/96/COMJUR. 6/2 (Prov. 5) de la Unesco.

³² Misma advertencia que respecto de la nota anterior.

³³ Ibid.

El artículo 7° señala que “*nadie podrá ser objeto de discriminaciones fundadas en sus características genéticas*, cuyo objeto o efecto sea atentar contra el reconocimiento de su dignidad, el disfrute de sus derechos o el respeto de la igualdad entre las personas”³⁴. Y el artículo 8°, que está directamente relacionado con el objeto de esta ponencia, dispone que “*se deberá proteger la confidencialidad respecto de terceros de los datos genéticos de carácter nominal*, conservados o tratados con fines de investigación o cualquier otra finalidad”.

9. Ampliación del campo tradicional del derecho a la intimidad, reserva o secreto con la información genética individual. Aplicaciones en materia educacional, laboral y de seguros de vida. Solución de posibles conflictos. Conclusiones

El antiguo derecho a la intimidad, reserva o secreto que venía estructurándose desde la dictación del Código Civil italiano de 1942 como uno de los derechos más importantes de la personalidad, ha sufrido un vuelco trascendental con los nuevos descubrimientos genéticos. En efecto, junto con la intimidad territorial y con la intimidad psicológica o espiritual, debe agregarse ahora -posiblemente como una ampliación de la intimidad corporal- todo el ámbito de la intimidad genética. *Porque no existe nada más íntimo que el código genético individual de cada persona en particular*. Esta intimidad genética, en tanto llevada a la categoría de Derecho Humano, está amparada por la Declaración Universal de los Derechos Humanos³⁵ y ha devenido en un derecho absoluto, *erga omnes*, extrapatrimonial, irrenunciable, intransferible e imprescriptible. Así lo reiterará la Declaración sobre el Genoma Humano que está preparando la Unesco, cuyo articulado pertinente hemos analizado más atrás.

En consecuencia, ha de reconocerse la existencia de un nuevo ámbito inviolable en cada persona, constituido por su estructura genética propia, dentro de la cual resultará ilícita toda intromisión arbitraria y toda publicitación posterior. Como dice el artículo 7° del proyecto de Declaración de la Unesco, “*nadie podrá ser objeto de discriminaciones fundadas en sus características genéticas*”, para lo cual agrega el artículo 8° que “*se deberá proteger la confidencialidad respecto de terceros de los datos genéticos de carácter nominal*” de cada interesado.

La ilicitud de toda intromisión en el código genético individual reconoce las excepciones a que ya nos hemos referido. Entre ellas, debe contemplarse la investigación que puedan realizar los biólogos y médicos para efectos de diagnóstico y de tratamiento, así como los que permita la ley con ocasión de pesquisas criminales, las que permita el Derecho de Familia relacionadas con la investigación de la paternidad, u otras de parecida importancia. Fuera de estos casos especialmente exceptuados por la ley por razones de conveniencia individual o colectiva, ha de entenderse que toda intromisión en la composición genética individual es ilegítima.

³⁴ Volvemos en este artículo 7° y en los que siguen, a la versión en idioma castellano contenida en el documento BIO-97/CONF. 201/3, de 31 de diciembre de 1996, pero hemos reemplazado en este artículo 7° la forma verbal “sería”, que contiene esa versión, por la forma verbal “sea”, que nos ha parecido más adecuada.

³⁵ El artículo 12 de dicha Declaración señala que “*nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o reputación*”.

Resulta, sin embargo, que se han detectado intromisiones indebidas en el código genético individual en diversas materias. Así, en la admisión de niños en escuelas de educación básica puede utilizarse la investigación genética para detectar malas conformaciones, deficiencias o predisposiciones de origen genético que influyan en el rendimiento escolar posterior del candidato, y que puedan servir para discriminarlo y rechazar su petición de admisión. Así, también puede utilizarse la discriminación genética en la admisión de interesados en puestos laborales, o en el rechazo o sobretasas de pólizas de seguros de vida, cuando los exámenes genéticos señalen problemas que puedan acarrear enfermedades prematuras o una posibilidad menguada de sobrevivida. Esas intromisiones indebidas que llevan a discriminaciones ilegales deben ser sancionadas por el ordenamiento jurídico.

La protección del derecho a la intimidad, reserva o secreto, ampliado en la forma ya referida, a la intimidad genética, nos parece un instrumento adecuado para impedir futuras discriminaciones basadas en consideraciones de estructura genética. Debe tenerse en especial consideración la existencia de minusválidos por razones genéticas, a los que no es posible discriminar (y menos eliminar) en nombre de una pretendida “excelencia genética”³⁶. Especial atención merecen los casos de uniones (maritales o no) que a veces se pretende restringir o prohibir sobre la base de ciertas características genéticas que se estiman inconvenientes. Deben declararse ilícitas también las intrusiones en la intimidad genética de los individuos, que tengan como objetivo fundamentar esterilizaciones forzosas de personas con determinadas características genéticas, o la práctica de abortos obligatorios por la misma causa.

Nos parece que el principio fundamental en esta materia debe ser el que nadie puede caracterizar, señalar o estigmatizar a ninguna persona o grupo social como “genéticamente indeseado o innecesario”. *El antiguo racismo no debe devenir en “genetismo”*. No es posible excluir, separar, apartar o eliminar a nadie en el ejercicio pleno de sus derechos humanos, igualdades, libertades o dignidad, por razones genéticas. A mi entender, la extensión del derecho a la intimidad, reserva o secreto al campo de la estructura genética individual permitirá impedir la intromisión indebida en dicha estructura íntima, y los excesos -brevemente reseñados- que la publicación de tales intromisiones pudieran acarrear.

³⁶ Véase a este respecto el *Discurso Inaugural del Primer Encuentro Latinoamericano de Bioética y Genoma Humano* que tuvo lugar en Manzanillo, Colima, México, entre el 9 y el 12 de octubre de 1996. Ese Discurso Inaugural fue pronunciado por el autor de la presente ponencia.