

El derecho a la identidad personal

Por CARLOS FERNANDEZ SESSAREGO

Profesor Principal

SUMARIO

1. El supuesto jusfilosófico del derecho a la identidad personal.
 - 1.1. El aporte de la filosofía de la existencia a la reflexión sobre la persona.
 - 1.2. Supuesto jusfilosófico de la identidad personal.
2. La jurisprudencia italiana y la creación del derecho a la identidad personal.
 - 2.1. La reciente preocupación por los derechos de la persona.
 - 2.2. La elaboración jurisprudencial del derecho a la identidad personal.
 - 2.2.1. Fundamento jurídico de la creatividad jurisprudencial.
 - 2.2.2. La sentencia de 6 de mayo de 1974 y la afirmación de la "verdad personal".
 - 2.2.3. La sentencia de 30 de mayo de 1979 y el deslinde entre honor e identidad.
 - 2.2.4. El pronunciamiento del Juez de Roma de 2 de junio de 1980 y la tutela de la identidad colectiva.
 - 2.2.5. El histórico fallo del Tribunal de Milán de 19 de junio de 1980.
 - 2.3. La identidad personal en una reciente ejecutoria de la Corte de Casación.
 - 2.3.1. Delimitación conceptual.
 - 2.3.2. El deslinde con otros derechos de la personalidad.
 - 2.3.3. La fundamentación normativa.
 - 2.3.4. Los últimos desarrollos de la jurisprudencia italiana.
3. La simultánea preocupación de la doctrina italiana por el derecho a la identidad.
4. La noción jurídica de identidad.
 - 4.1. El concepto de identidad en la jurisprudencia.
 - 4.2. La noción de identidad en la doctrina.
 - 4.2.1. La noción de identidad en las obras de De Cupis y Messineo.
 - 4.2.2. Consolidación doctrinaria de la noción del derecho a la identidad personal.
 - 4.2.3. Nuestra percepción de la identidad personal.
 - 4.2.4. Opiniones críticas del derecho a la identidad personal.
5. La identidad personal en relación con otros derechos de la personalidad.
 - 5.1. Identidad personal y signos distintivos.
 - 5.2. Identidad personal y derechos a la imagen.
 - 5.3. Identidad personal y derecho a la intimidad.
 - 5.4. Identidad personal y derecho al honor.
 - 5.5. Identidad personal y reputación.
 - 5.6. Identidad personal y derecho de autor.
 - 5.7. Identidad personal y derecho a la información.
6. Identidad del sujeto colectivo.
7. La identidad personal en el ordenamiento jurídico peruano.
8. Problemática actual en torno al derecho a la identidad personal.
 - 8.1. El sustento jurídico del derecho a la identidad personal.
 - 8.2. Otros aspectos problemáticos sobre el derecho a la identidad personal.

1. El supuesto jusfilosófico del derecho a la identidad.

1.1. El aporte de la filosofía de la existencia a la reflexión sobre la persona.

Jamás, antes de ahora, se ha reflexionado tan intensa y profundamente sobre el hombre como en el siglo XX. Bajo el influjo de la llamada filosofía de la existencia⁽¹⁾ el hombre se ha convertido en un problema para sí mismo. El ser humano ha vuelto su dispersa mirada, originalmente dirigida hacia el mundo, sobre su única e intrasferible realidad personal. Se erige así en el centro de la reflexión filosófica contemporánea.

La filosofía existencial redescubre al hombre como ser libre⁽²⁾. Libertad que hace de la persona un ser creativo y responsable, en continuo movimiento. No es algo compacto, cerrado sobre sí mismo, acabado, como las "cosas" que están en el mundo, fuera de su contorno, que aparecen en la circunstancia del ser humano. No es un objeto. La libertad, la comunicación, la interioridad, el sentido histórico-temporal de la existencia humana, se constituyen en temas de meditación.

Renace la fe filosófica y, con ella, surge la esperanza como fe cardinal. La vida se presenta como un quehacer, como una tarea insosegable que recomienza cada día sin solución de continuidad, como un proyecto enderezado hacia la perfección, enrumado al futuro a partir del pasado. Se hace también posible la capacidad de redención inherente al ser libre, que permite la aparición del hombre-nuevo que potencialmente existe en cada uno de nosotros.

La historia nos demuestra que existen dos caminos para aproximarse al hombre. Uno de ellos, que a nivel filosófico fue exclusivo del pasado, trataba al ser humano como un objeto de investigación para las ciencias, tales como la anatomía, la psicología, la fisiología o la historia. Se aprehendía del hombre sólo aquello que lo enraiza en la naturaleza. Una segunda vía, que reconquista y afirma el existencialismo, es la de considerar al hombre en su radical dimensión existencial de ser libertad⁽³⁾.

No obstante, esta nueva visión del hombre que nos ofrece la filosofía de la existencia, no puede sostenerse que sea posible agotar la comprensión del ser humano en general o de cada uno en particular. Si bien es verdad que se ha avanzado de modo superlativo en esta dirección cognoscitiva, los resultados son y serán insuficientes. La

(1) La afirmación central del personalismo, tal como lo precisa Mounier, es la existencia de personas libres y creadoras (Emmanuel Mounier, "El Personalismo", EUDEBA, Buenos Aires, 1962, pág. 6). El personalismo se inserta dentro del amplio marco conceptual de la filosofía de la existencia.

La filosofía de la existencia llegó a su plenitud y apogeo entre las dos guerras mundiales que, en el presente siglo, asolaron el mundo. Como se ha anotado con acierto, "su onda sísmica sacudió el alma de varias generaciones de intelectuales" y "aún hoy cuando el reflujo de su impacto se hace patente, permanece oculta su huella en la atmósfera general que impregna la conciencia del hombre actual (Pedro Fontán Jubero, "Los existencialismos: claves para su comprensión", Ed. Cincel, Madrid, 1985, pág. 17).

(2) La noción de persona, y la de libertad que le es ontológicamente inherente, hunde sus raíces en la Antigüedad. No obstante, "el cristianismo aporta de golpe, dentro de esos tanteos, una visión decisiva de la persona" y de lo que ella significa como ser libre y creador (Mounier, ob. cit., pág. 8). Con Kant se alcanza un punto cimerio cuando, dentro de esta línea de pensamiento, se afirma que la persona es "un fin en sí misma".

(3) Cfr. Karl Jaspers, "la fe filosófica", Ed. Losada, Buenos Aires, 1968, pág. 49.

persona es un ser imprevisible, capaz de las más grandes hazañas o de actitudes que la degraden.

La libertad, constitutiva de la persona, es incognoscible e indemostrable. El hombre se aproxima a ella en un infrecuente proceso de interiorización. Esta experiencia, este "sentir" la libertad, no es comunicable en tanto ella no es objetiva. Corresponde a cada persona, si lo logra, ser conciente de esta raigal posibilidad existencial que permite a cada uno constituirse en un ser único y espiritual (4).

Ninguna teoría filosófica que se formule sobre el hombre es capaz de comprender ni explicar total y absolutamente su dimensión existencial. Los intentos registrados ponen de manifiesto sólo aspectos o funciones de la existencia, pero no dan cuenta de la plenitud del ser-libre. Así, el psicoanálisis freudiano o el marxismo, no obstante, sus indiscutibles aportes, no ofrecen una respuesta totalizante y satisfactoria. Ambas dejan de lado, o en la penumbra, otras facetas del ser humano.

La compleja estructura existencial hace que el hombre, como Jaspers sostiene con convicción, sea más de lo que se sabe sobre él (5). O, como metafóricamente anota Mounier, "mil fotografías combinadas no conforman un hombre que camina, que piensa, que quiere" (6).

La filosofía de la existencia, a pesar de haber contribuido a brindar una noción más rica y profunda sobre el ser humano, no logra disipar en definitiva el misterio que el hombre representa para sí mismo.

Un misterio que a veces se pretende resolver en la "nada" sartriana, en tanto el ser radica en el futuro, o en un ser temporal heideggerianamente enderezado hacia la muerte. Como nos recuerda Jaspers, los seres humanos conocemos mejor todo lo que "no somos", lo que está en el mundo exterior, que lo que cada quién es.

El ser humano se convierte para sí mismo "en el máximo misterio cuando vislumbra que en su finitud parecen extenderse hacia el infinito sus posibilidades" (7). Ello, en tanto la libertad es el núcleo primario y radical de todas sus posibilidades "de ser guiado por la trascendencia, por lo uno, a su propia unidad" (8).

Débase a Heidegger haber planteado como cuestión previa para acceder al ser en general, el preguntarse sobre el ser de aquel ente que conoce, es decir, el hombre. Preguntar, nos dice Heidegger, es buscar "qué es" y "cómo es" un ente (9). Ente es todo aquello de "que hablamos, que mentamos, relativamente a lo que nos conducimos de tal o cual manera" (10). Pero, como anota el mismo filósofo alemán, "ente es, también, aquello que somos nosotros mismos y la manera de serlo".

El ente que en cada caso somos nosotros mismos es, según Heidegger, el "ser-ahí" (Dasein). El ser mismo, "relativamente al cual puede conducirse y se conduce

(4) *Ibidem*, págs. 55 y 56.

(5) *Ibidem*, pág. 54.

(6) Mounier, cit., pág. 6.

(7) Jaspers, cit., pág. 45.

(8) *Ibidem*, pág. 62.

(9) Martín Heidegger, "El ser y el tiempo", Fondo de Cultura Económica, trad. al español de José Baos, México, 1951, pág. 6.

(10) *Ibidem*, pág. 8.

siempre de alguna manera el ser-ahí", es la existencia (11). La pregunta que interroga por el sentido del ser en general reclama "el previo y adecuado análisis de un ente (el "ser-ahí") poniendo la mira en su ser" (12). La analítica ontológica del "ser-ahí" se constituye en una ontología fundamental lo que significa, como explicito el propio Heidegger, que el "ser-ahí" funciona como "el ente al que hay que preguntar sobre su ser con fundamental anterioridad" (13). Una analítica del "ser-ahí" resulta, necesariamente, una previa tarea filosófica antes de plantear la pregunta que interroga sobre el ser en general (14).

El tiempo es, para Heidegger, aquello desde lo cual el "ser-ahí" comprende e interpreta, en general, lo que se sienta como "ser" (15). El tiempo se constituye en 'el genuino horizonte de toda comprensión y de toda comprensión del ser'.

La filosofía existencial, y el personalismo en particular, se yergue como un movimiento que coloca en un primer plano la reflexión sobre el sentido de la existencia humana, como producto de un estado de crisis originado por el desencadenamiento de la violencia y la subsecuente degradación del valor de la persona. Se presenta como una respuesta a una creciente tendencia de "despersonalización" que se advierte en nuestro tiempo.

La filosofía de la existencia representa, de este modo, un útil y necesario esfuerzo del pensamiento contemporáneo por comprender al hombre como un ser libre y creador, en estructural comunicación con los demás seres, estimativo y comunitario. Representa un despliegue fundamental por revalorizar a la persona como bien supremo.

Las reflexiones que en el presente siglo suscita la filosofía de la existencia, que tiene como solitario antecedente en el siglo pasado las inquietantes meditaciones de Kierkegaard y Nietzsche, trascienden al derecho. Ellas permiten comprender a lo "jurídico" como un fenómeno cultural, como una extraordinaria creación humana destinada a asegurar, dentro de la vida comunitaria, una justa, solidaria y pacífica convivencia. El derecho, para lograr este propósito, debe tutelar los intereses existenciales, a fin de garantizar, a cada persona, un espacio de libertad para el desarrollo de su personalidad en armonía con el interés social.

La filosofía de la existencia, en lo que concierne al derecho, nos ha mostrado que es imposible comprenderlo como una unidad totalizadora si es que no consideramos como sus ineludibles supuestos a la libertad en cuanto ser del hombre, a la coexistencialidad como dimensión estructural del ser humano y a la solidaridad como valor a realizar en la vida comunitaria. La vivencia de la solidaridad, junto con la seguridad, propician el advenimiento de la justicia y de la paz.

La filosofía de la existencia, en síntesis, ha facilitado la visión de los juristas en cuanto a la centralidad de la persona en el derecho, a reconocerla como un fin en sí misma. Al mismo tiempo, como corolario de lo anterior, a redimensionar el rol del

(11) *Ibidem*, pág. 15.

(12) *Ibidem*, pág. 9.

(13) *Ibidem*, pág. 17.

(14) *Ibidem*, pág. 20.

(15) *Ibidem*, pág. 21.

patrimonio en tanto indispensable instrumento con que cuenta el ser humano en su incesante proceso de autocreación.

Se debe también a la filosofía de la existencia el que se haya podido apreciar que en la experiencia jurídica se integran, en dinámica unidad, en recíproca esencial exigencia, la vida social humana –en tanto intersubjetividad– las normas como reglas de convivencia y los valores como criterios para la regulación de la vida comunitaria. Es decir, para el desarrollo de lo que se conoce como la teoría tridimensional del derecho.

1.2. Supuesto jusfilosófico de la identidad personal.

La filosofía de la existencia, recepcionada por la jusfilosofía, ha permitido en tiempos recientes poner en evidencia un importante “modo de ser” de la persona, el mismo que, como interés existencial, exige ser jurídicamente tutelado. Se trata de la “identidad” del sujeto consigo mismo.

La peculiar estructura del ser humano hace posible que éste, sin dejar de ser idéntico a sí mismo, sea también, simultánea y estructuralmente, un ser coexistencial. Es decir, un ser que sólo puede ser aprehendido y comprendido dentro de la sociedad. Ambas dimensiones se hallan presentes en la estructura del hombre.

La persona es única, no obstante ser igual a todas las demás. La persona, cada persona, es idéntica a sí misma. Ello es posible por el hecho de que su ser es “ser libertad”. La libertad que somos permite a cada persona elaborar su propio proyecto existencial, su programa de vida, de acuerdo a valores, bajo el dictado de su personal vocación.

El proyecto personal requiere, necesariamente, de los “otros” para su realización. Los “otros” pueden plegarse a su libre decisión y coadyuvar a su concreción, u oponer resistencia que la frustren total o parcialmente, impidiendo o limitando su realización. Por eso el hombre, para ser “él mismo”, requiere de los “otros”, debe contar con ellos, así como con las cosas que están en el mundo circundante.

No es posible, por tanto, concebir a la persona como un ser aislado, incomunicado, replegado permanentemente sobre su propio y recóndito yo.

La identidad personal supone ser “uno mismo” y no otro, pese a su integración social. Esta raigal y profunda faceta de la existencia, que es la “mismidad” del ser, se erige en un primordial interés personal que requiere la protección jurídica, al lado y de la misma manera que acontece con otros primarios intereses personales, como la vida o la libertad.

La “identidad” del ser humano, en cuanto ser libre, se constituye en su dimensión dinámica a través de un continuo proceso autocreativo, mediante una sucesión de haceres en que consiste la existencia, por la adhesión a una determinada concepción del mundo. Todo ello diseña, configura la personalidad. La identidad cultural del ser humano se va logrando, precisando, afinando, pero también cambiando en el cotidiano discurrir de la existencia.

La identidad de la persona, en tanto inescindible unidad psicosomática, presupone un complejo de elementos, una multiplicidad de aspectos esencialmente vinculados entre sí, de los cuales unos son de carácter predominantemente físico o somático,

mientras que otros son de diversa índole, ya sea ésta psicológica, espiritual, cultural, ideológica, religiosa o política. Estos múltiples elementos son los que, en conjunto, perfilan el ser "uno mismo", diferente a los demás, no obstante que todos los seres humanos son iguales. En esto radica, al mismo tiempo, el gran misterio de la Creación, ya que a pesar que todos los hombres son iguales, no existen dos personas idénticas, que compartan la misma biografía.

Cada persona elabora su proyecto de vida, único, intransferible, cuya realización comparte la definición de una determinada personalidad. Todo ello le confiere al hombre una especial dignidad dentro de los seres de la naturaleza. La dignidad de ser "uno mismo", una "cierta" persona.

Al tratar de la identidad personal calamos en el hontanar mismo del ser. Nos referimos a un profundo y raigal modo de ser de la persona. Nos enfrentamos a la "verdad" del yo, a lo que en definitiva "cada uno es". A lo que convierte al ser humano en un individuo cuya personalidad es diferente a la de todos los demás.

El ser humano libra una constante lucha —una permanente guerra civil consigo mismo, como señala Mounier— por afirmar su identidad personal dentro de la trama de las relaciones comunitarias. Se trata de un incesante combate para que se le considere tal y como verdaderamente es, sin deformaciones o desnaturalizaciones.

La autenticidad y la verdad son, en consecuencia, la base de la identidad real⁽¹⁶⁾. Esto es posible de lograr en cuanto el ser humano es libre para trazar su proyecto vital, pese a los condicionamientos que generalmente lo constriñen y limitan. La persona, normalmente, se esfuerza por presentar en su vida de relación un perfil definido de "su" personalidad. De ahí su interés existencial, su legítima pretensión de que los demás respeten su identidad, su originaria "manera de ser". No siempre los demás acogen este tácito requerimiento que formula la persona.

Sartre, en su obra capital "El ser y la nada", analiza con lucidez el mecanismo psicológico por el cual los "otros" imponen a la persona un peligroso límite a su libertad al desconocer o desfigurar su identidad personal. El hombre, en esta eventualidad, ve así alienada su libertad de ser "él mismo". Esta actitud de los "otros", en relación con la identidad de la persona, es designada como "la mirada" por el filósofo francés⁽¹⁷⁾.

La "mirada", como subjetiva y particular manera en que los "otros" aprecian a la persona, tiene para Sartre el significado de una agresión deformante de la identidad de cada cual. Ella comporta una arbitraria y unilateral decisión por la cual los demás atribuyen falsamente a la persona pensamientos o conductas que no le son propios. Pero también es posible que los "otros" desfiguren la identidad personal a través de informaciones o noticias incompletas, a partir de las cuales no es dable deli-

(16) Frente a la identidad real, que corresponde a la proyección social de la "verdad personal", de carácter objetivo, puede construirse otra falsa identidad, un simulacro de identidad, que no corresponde a la personalidad del sujeto en su auténtica y cabal dimensión. No es esta identidad, ficcional y subjetiva, la que tutela el derecho.

(17) Jean Paul Sartre, "El ser y la nada", Ed. Ibero Americana, Buenos Aires, 1949, Tomo II, pág. 53 y sgts.

near una determinada personalidad. Tales situaciones, y otras análogas, pueden adquirir una extrema gravedad, las que, en ciertas circunstancias, son consideradas como causa principal de la esquizofrenia.

La "mirada", no obstante su capacidad de desvirtuar la identidad personal, no fija ni petrifica al ser humano. La "mirada" aunque no refleje a la persona tal cual es, constituye una expresión de la comunicación interpersonal, ello lleva a decir a Mounier que a pesar que la "mirada" es hostil y nos trastorna, no obstante que "atropella mi seguridad, mis hábitos, mi sueño egocéntrico", se constituye en "el más seguro revelador de mi mismo"⁽¹⁸⁾.

No cabe duda alguna en lo que concierne a la apreciación de que la "mirada" es un vehículo de comunicación entre las personas. Y menos aún, en el sentido de que ella, pese a su efecto distorsionante en cuanto a la identidad personal, contribuye a que cada persona, por contraste y por efecto de la misma agresión, afirme y ahonde todo lo que constituye los rasgos que definen su "verdadera" personalidad. La "mirada" ofrece a la persona la oportunidad de asegurarse en lo que atañe a su "verdad" personal.

2. La jurisprudencia italiana y la creación del derecho a la identidad personal.

2.1. La reciente preocupación por los derechos de la persona.

La historia de los derechos de la persona, o derechos de la personalidad como mejor se les conoce en la doctrina civil, es relativamente breve. Como es sabido, sólo en el presente siglo la ciencia jurídica empieza a ocuparse de ellos de modo definido. En el pasado fueron ignorados en el nivel formal-normativo, privilegiándose en los ordenamientos jurídicos los derechos patrimoniales.

En mérito a la filosofía de la existencia, y después del segundo gran conflicto bélico del presente siglo, el derecho se ha preocupado de manera prioritaria de proteger a la persona.

Los juristas, en consonancia con la visión del mundo en que se encontraban inmersos, dirigieron en el pasado su atención al tratamiento dogmático y a la configuración de los derechos patrimoniales, no obstante que el patrimonio representa tan sólo un instrumento o medio en el cual se apoya la persona.

Pero, si la consideración científica de los derechos de la persona, con su atormetado y controvertido tratamiento doctrinario, es asunto de reciente data, la atención de la ciencia jurídica en torno a la identidad personal, como interés existencial a tutelar, es tema que aparece en la última década. Su discusión es, por ello, de toda actualidad. Y en este debate, imprevisto, sólo aparece como protagonista un limitado número de juristas de algunos pocos países que tratan de afianzar su existencia, noción, alcances, características, contenido y demás rasgos que le son inherentes.

Si bien es cierto que las condiciones o supuestos filosóficos estaban ya dados gracias al decisivo aporte de la filosofía de la existencia, la preocupación de un sector de juristas por afrontar tan capital problemática se incentiva, principalmente, por las

(18) Mounier, cit. pág. 22.

crecientes agresiones a que está sometida la persona en el nivel histórico que nos ha tocado vivir.

A nadie escapa que el sorprendente desarrollo que ha alcanzado la comunicación social y los impresionantes avances de la tecnología llegan, a menudo, a comprometer la identidad de la persona. No siempre los medios de información se refieren a ella tal cual es.

Italia, tierra de calificados juristas de fértil imaginación creadora, es donde probablemente el derecho a la identidad ha recibido, en los últimos años, una especial atención de parte de un lúcido grupo de hombres de derecho, como consecuencia del impacto producido por una importante y aislada sentencia del año 1974, la que se erige como el primer bosquejo de lo que sería luego el derecho a la identidad personal. Es por ello que esta nueva situación jurídica subjetiva debe a la jurisprudencia su primigenia configuración.

2.2. La elaboración jurisprudencial del derecho a la identidad personal.

2.2.1. *Fundamento jurídico de la creatividad jurisprudencial.*

En 1974 se produce un insólito pronunciamiento judicial, en el cual, por primera vez, se hace referencia a la identidad personal como un nuevo interés del ser humano digno de ser tutelado por el derecho. Es por esta razón que, la generalidad de autores que se ocupan de la materia, resaltan el origen jurisprudencial de este derecho. No puede perderse de vista, sin embargo, que se debe a Adriano de Cupis el primer, aunque impreciso vislumbre, en cuanto al derecho a la identidad personal se refiere (infra 4.2.1.).

Correspondió a los jueces descubrir que, con independencia de algunos específicos derechos de la persona, como es el caso del nombre, la imagen, la intimidad o el honor, existe en el ser humano un interés existencial mucho más profundo digno de tutela jurídica, como es el que corresponde a la identidad de la persona en su dinámica dimensión⁽¹⁹⁾

La histórica y precursora sentencia del Pretor de Roma, de 6 de mayo de 1974 fue seguida luego en años sucesivos, por algunos otros esporádicos pronunciamientos en el foro italiano, aun cuando todos ellos no estaban organizados o vertebrados, como lo hace notar Alpa, dentro de una determinada orientación⁽²⁰⁾.

El nuevo interés personal se reconoce, de acuerdo con la jurisprudencia antes referida, en lo que puede designarse como el patrimonio cultural, ideológico, político,

(19) Francesco Macioce, entre otros autores, destaca que el análisis de la jurisprudencia ha tenido un rol determinante en la elaboración del derecho a la identidad personal ("*Tutela civile della persona e identità personale*", Cedam, Padua, 1984, pág. 4). En igual sentido se pronuncian Bruno Lannolo y Giovanna Verga ("*Il diritto alla identità personale*" en "*Nuova giurisprudenza civile commentata*", 1987, II, pág. 453).

(20) Según Alpa, a nivel de 1980, las sentencias hasta entonces emitidas no podían considerarse organizadas en un único orientamiento jurisprudencial ("*Un questionario sul diritto alla identità personale*" en AA.VV., "*Il diritto alla identità*", Cedam, Padua, 1981, pág. 15). En la actualidad, y sobre todo a partir de una sentencia de la Corte Suprema de 22 de junio de 1985, esta situación ha sido en gran parte superada, no obstante la existencia de algunos problemas e incertidumbres pendientes de resolver.

espiritual, sentimental y social de la persona. Es decir, de aquello que Macioce califica como "el estilo individual y social del sujeto" (21).

Es el caso precisar que, en la jurisprudencia italiana, la específica protección jurídica de la identidad se ha efectuado con independencia de la circunstancia que la agresión a la persona haya también, simultáneamente, lesionado el honor, la imagen, la intimidad, la autoría intelectual. Puede ocurrir, en efecto, que se cause agravio, a un mismo tiempo, tanto a la identidad personal, distorsionándosele, como a otro derecho subjetivo que le es afín.

Frente a la habitual inercia del legislador en lo que concierne a la revisión y permanente actualización de los códigos, corresponde a los jueces, en virtud de su función y debido a que están compelidos a administrar justicia no obstante encontrarse ante un vacío o deficiencia de la ley, tutelar los intereses de la persona que se deriven de su propia dignidad.

No faltan, sin embargo, quienes en principio aún se preguntan si el juez puede crear ex-novo derechos de la personalidad dentro del sistema romano-germánico o si, por el contrario, esta indispensable e importante tarea debe reservarse a los legisladores (22).

Es de toda evidencia, mas allá de alguna aislada opinión en contrario (23), el rol creativo, a título supletorio, que corresponde al juez mediante la elaboración jurisprudencial. Esta excepcional función judicial tiene, en determinados ordenamientos jurídicos, una fundamentación constitucional. Se trata de específicos dispositivos que operan como "cláusulas generales" (24). Zatti afirma al respecto que la creación de parte de los jueces de nuevos derechos de la personalidad, puede ser considerada como una forma de "concretar" normativamente una cláusula general de rango constitucional (25). Visintini Tarello se ha ocupado, en un extenso ensayo, del argumento en cuestión (26).

El inciso 6 del artículo 233 de la Constitución peruana prescribe que los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. Los jue-

(21) Cfr. F. Macioce, ob. cit.

(22) Cfr. Paolo Zatti, "Profili civilistici del diritto alla identità personale" en "Il diritto alla identità", ob. cit. pág. 54 y sgts.

(23) Entre estas opiniones cabe citar la de Sergio Fois, "Questioni sul fondamento costituzionale del diritto alla identità personale" en AA.VV., "L'informazione e i diritti della persona", Jovene, Nápoles, 1983, pág. 162.

(24) Cfr., entre otros, P. Perlingieri, "La personalità umana nell'ordinamento giuridico", Jovene, Nápoles, 1972, pág. 39 y sgts.; F. Macioce, ob. cit., pág. 24 y sgts.; Bianca, "Diritto Civile", I, 1978; F. Busnelli, "Diritto alla salute e tutela risarcitoria" en "Tutela della salute e diritto privato", al cuidado de Busnelli-Breccia, Milán, 1978, pág. 515 y sgts.; B. Alpa, "Gli interessi tutelati e le tecniche di tutela risarcitoria" en "L'informazione e i diritti della personalità", ob. cit., págs. 21-22; C. de Martini, "Spunti e riflessioni sulla giurisprudenza in tema di diritto alla identità personale" en "L'informazione...", ob. cit., pág. 143 y sgts.; P. Zatti, ob. cit., págs. 55 y 58.

(25) P. Zatti, cit., pág. 55.

(26) B. Visintini Tarello, "Il c.d. diritto all'identità personale e la reazione della dottrina di fronte all'attività creatrice di un diritto della giurisprudenza", en "Il diritto alla identità personale", cit., pág. 70 y sgts.

ces, de presentarse un vacío legal, deben aplicar los principios generales del derecho. Es ésta la vía mediante la cual nuestra Constitución admite la creación de derechos de parte de los jueces, siempre que se fundamente en principios constitucionales. Este artículo constitucional es recogido, a su vez, por el numeral VIII del Título Preliminar del Código Civil peruano.

La Constitución italiana, en su artículo 2 tiene una norma que opera como cláusula general y abierta al enunciar que la República "reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, ya sea individualmente o en las formaciones sociales, donde desarrolla su personalidad, y requiere el cumplimiento de los deberes inderogables de solidaridad política, económica y social".

En esta materia resulta también ilustrativo el texto del artículo 1 del Código Civil suizo. Este dispositivo prescribe que de presentarse un vacío legal, corresponde al juez resolver el caso sometido a su jurisdicción como si fuere él un legislador que debe dictar la norma aplicable al caso.

2.2.2 *La sentencia de 6 de mayo de 1971 y la afirmación de la "verdad personal".*

Debemos remontarnos a los años sesenta para ubicar algunos antecedentes en lo que atañe a la delimitación teórica de la situación jurídica subjetiva atinente a la identidad personal. Se suele mencionar, entre ellos, la opinión vertida por De Cupis en el año 1961. Pero, como analizaremos más adelante (supra 4.2.1), la óptica del autor, en aquel entonces, era limitada en cuanto se refería sólo a la identidad en lo que concierne a los signos distintivos de la persona, como es el caso del nombre o el seudónimo, los mismos que proporcionan únicamente una visión estática de la identidad personal. El concepto de identidad, tal como hoy se le visualiza, comprende sobre todo la vertiente dinámica de la personalidad.

De otra parte, en la "Enciclopedia del Diritto", en el año de 1970, se halla la voz "Diritto alla identità", la misma que es desarrollada por Bavetta. En este trabajo se reconoce la existencia de un "derecho personalísimo cuyo contenido está delimitado... por tener el sujeto caracteres propios que lo hacen diverso a los otros e idéntico sólo a sí mismo". Como fácilmente se advierte, esta definición sólo pone de relieve los caracteres físicos o estáticos de la persona que permiten identificarla en sociedad. No se hace referencia al bagaje cultural e ideológico propio de cada persona. Por ello es que resulta aplicable la misma crítica formulada en relación con el trabajo de De Cupis mencionado líneas arriba.

La Corte Suprema de Italia, en una sentencia del 7 de diciembre de 1960, hace referencia a la falsa representación de los caracteres esenciales de la personalidad, el derecho a la verdad sobre las propias opiniones, pero circunscribiendo el problema al ámbito de la intimidad o de la verdad histórica. Se trataba de un caso en el cual se atribuía a una persona hechos no verdaderos u opiniones jamás expresadas (27). No se

(27) En esta sentencia (publicada en "Foro it.", 1961, I, 43) se expresaba, como vislumbre de lo que después se configuraría como derecho a la identidad que "no es en ningún caso lícito al agente atribuir a una determinada persona hechos no verdaderos, o pensamientos, frases u opiniones jamás por ella expresados y, en todo caso, que la persona misma jamás haya autorizado su difusión o publicación de cualquier modo".

había aún logrado, en consecuencia, delimitar con autonomía el concepto cabal de "identidad personal".

Existen dos antecedentes más que es conveniente recordar. El primero se refiere a una sentencia pronunciada con fecha 22 de mayo de 1964 por la Corte de Apelaciones de Milán. En ésta se expresaba que la figura de un individuo no puede ser falsada (28). Por su parte, la Corte Suprema, mediante el fallo de 13 de julio de 1971, definía el derecho a la identidad personal como "el derecho de cada individuo a ser reconocido en lo peculiar de sus atributos, calidad, caracteres, acciones, que lo distinguen respecto a cualquier otro individuo" (29).

Un precursor e inédito intento de definición del derecho a la identidad personal se halla en el creativo e histórico pronunciamiento del Pretor de Roma de fecha 6 de mayo de 1974 (30). Encontramos en esta clarividente sentencia el embrión de aquella nueva situación jurídica subjetiva, a cuyo fundamento filosófico hemos hecho referencia en páginas precedentes (supra 1). El fallo del juez de Roma tomó de sorpresa a la doctrina jurídica, la que nunca antes se había ocupado de este interés existencial dentro de los específicos alcances que le confería dicha sentencia.

La decisión judicial aludía a la problemática surgida en relación con un cartel publicitario o afiche confeccionado para la propaganda electoral con ocasión del referéndum promovido en Italia en torno a la abrogación o mantenimiento de la vigente ley sobre el divorcio.

En el cartel publicitario en referencia se producían las imágenes de un hombre y de una mujer, los que, no obstante ser notorios partidarios de la ley sobre el divorcio en tanto coautores de dicha norma, se les hacía aparecer pronunciándose, absurdamente, en favor de la abrogación de la citada ley. De otra parte, se les presentaba como vinculados conyugalmente, sin serlo, y, además, como agricultores de profesión, sin que ésta fuera su actividad habitual. Es decir, en el afiche publicitario se consignaban tres inexactitudes en cuanto a la identidad de las personas cuyas imágenes se reproducían en el cartel.

El juez, con precisión digna de elogio, encontró que, a través del cartel publicitario en cuestión, se habían lesionado dos derechos subjetivos de las personas involucradas en la propaganda electoral. Se refería al derecho a la imagen, tipificado en el artículo 10 del Código Civil italiano, y al derecho a la identidad personal, no regulado en el ordenamiento jurídico pero sustentado en una "cláusula general" de tutela de la persona, de rango constitucional.

En lo que concierne a la imagen, el Juez verificó que aquellas que aparecían en el cartel habían sido utilizadas sin el expreso consentimiento que para el caso se requiere y según lo exige el mencionado artículo del Código Civil de Italia. Este numeral

(28) Esta sentencia fue publicada en "Foro it.", 1964, I, pág. 1239.

(29) Publicada en "Foro it.", 1972, I, pág. 432.

(30) Este fallo ha sido ampliamente analizado por un sector de la doctrina italiana atenta a la problemática de la identidad personal y ha servido de punto de referencia para importantes desarrollos y comentarios. Se publicó en "Biur. it.", 1975, I, 2, pág. 514 y sgts. con not. di D'Angelo.

prohíbe la exposición o la publicación, por cualquier medio, de la imagen de una persona, de sus progenitores, del cónyuge o de los hijos, fuera de los casos permitido por ley, cuando no se cuenta con asentimiento necesario.

El Juez de Roma no sólo protegió en su sentencia el derecho que había sido violado por la indebida exposición de las imágenes de las personas involucradas en el hecho sino que, con independencia de este derecho, afirmó que también se había lesionado el derecho de la persona a su propia identidad. El Juez halló que se había desnaturalizado, hasta en tres oportunidades, la identidad personal. En efecto, se atribuyó a las personas cuyas imágenes habían sido indebidamente expuestas el hecho de ser favorables a la abrogación de la ley sobre el divorcio, cuando era de dominio público que dichas personas habían participado en la redacción de la citada ley. Se les imputó una relación familiar que no poseían y, finalmente, se les consideró como trabajadores de la tierra cuando en realidad no lo eran.

Es menester recalcar que la sentencia vincula el concepto de identidad personal con el bagaje ideológico de la persona. En dicho fallo se hace referencia a este aspecto cuando se presenta a las personas involucradas en el caso como antidivorcistas. Para el juzgador, a través del cartel publicitario, se había falseado la posición ideológica. Puede discutirse si en esta específica situación se distorsionó la ideología o si en realidad lo que se afectó fue la moral personal o la posición política. En verdad, bajo esta genérica expresión de "ideología" podría comprenderse íntegramente aquellas manifestaciones de la personalidad.

En el fallo, por primera vez, se reconoce el "derecho de cada uno a que no se le desconozcan sus propias acciones" y también a que "no se le atribuya la paternidad de acciones que no le son propias". En suma, a no ver "alterada la propia personalidad individual".

En la sentencia bajo comentario se ordenó que cesara la colocación de los citados carteles publicitarios y se dispuso, a la vez, la publicación de un comunicado periodístico enderezado a restablecer la "verdad personal" que había sido distorsionada.

Es de suma importancia destacar que en el pronunciamiento judicial antes glosado, la afirmación de la "verdad personal" constituía la nota conceptual determinante del derecho a la identidad⁽³¹⁾.

Cabe subrayar que la sentencia de 1974, al distinguir los conceptos de imagen y de identidad personal, abrió un nuevo camino para el discurrir de la doctrina jurídi-

(31) Sobre el tema de la "verdad personal" existen, entre otros, los siguientes comentarios: M. Dogliotti, "Diritto alla identità e tutela della persona" en *"L'informazione e i ditti della persona"*, ob. cit., pág. 174; De Martini, ob. cit., pág. 144 a 149; P. Zatti, "Note sul diritto alla identità personale", en *"L'informazione..."* cit., pág. 181; P. Rescigno, "Conclusioni" al seminario celebrado en Génova, en *"Il diritto alla identità personale"*, cit., pág. 192; R. Tommasini, "L'identità dei soggetti tra apparenza e realtà: aspetti di una ulteriore ipotesi di tutela della persona" en *"Il diritto alla identità personale"*, cit., págs. 84 a 88; V. Zeno-Zencovich, comentarios al fallo de la Corte Suprema de 22 de junio de 1985, en *"Nuova giurisprudenza civile commentata"*, 1985, I, pág. 656 y sgts.; M. Dogliotti, "Le persone fisiche" en *"Trattato di Diritto Privato"*, dirigido por P. Rescigno, UTET, Turín, 1982, pág. 99.

ca, al presentar, por primera vez, al derecho a la identidad con autonomía respecto de cualquier otro específico derecho de la personalidad. Tal vez sea éste el aporte decisivo de dicho pronunciamiento. Por ello puede afirmarse que la sentencia constituye el "ideal punto de pasaje" entre la "tradicional" tutela de la imagen y un nuevo modo de protección de la persona.

Es del caso señalar que en la sentencia de 1974 no se hace referencia, como posible fundamento, a la cláusula general de tutela de la personalidad contenida en el artículo 2 de la Constitución italiana. El juez intenta, en cambio, sustentar su decisión en el concepto de reputación, entendiendo por ésta la proyección social de la personalidad que cada cual pretende dar hacia el exterior.

2.2.3. La sentencia de 30 de mayo de 1979 y el deslinde entre honor e identidad.

El Juez de Turin, mediante sentencia de 30 de mayo de 1979, abordó un delicado caso político vinculado con la identidad personal. El hecho se refería a un conflicto surgido entre un conocido político italiano, aún vigente, como es el diputado Marco Pannella, *leader* del Partido Radical italiano, y la Federación de Turin del Partido Comunista⁽³²⁾.

Según se aprecia en el fallo, el Partido Comunista había distribuido volantes de propaganda electoral en los que se afirmaba que Pannella había estado inscrito en la lista electoral de candidatos de "Nuova Repubblica", agrupación política de diversa inspiración ideológica de aquella profesada por el radicalismo italiano.

Con posterioridad a esta afirmación aparecida en el volante y una vez iniciado el procedimiento judicial, una nota aparecida en el diario "Unità", vocero del Partido Comunista, reconocía la inexactitud de la fuente en que se había fundado la aseveración contenida en el volante. No obstante, la aclaración, en la referida nota se añadía que ello no desvirtuaba el que entre Pannella y "Nuova Repubblica" existiese una común visceral actitud anticomunista.

El juzgador, ante la demanda interpuesta por el parlamentario radical, sostuvo que la afirmación a que se refería el volante, si bien no constituía una ofensa al honor del político, significaba, en cambio, una desfiguración de su identidad política. El Juez consideró que no se lesionaba el honor en tanto no era desdoroso pertenecer a determinado partido político cuya ideología era compatible con el sistema constitucional de gobierno.

Esta sentencia reviste gran importancia en cuanto efectúa el deslinde entre los conceptos de derecho al honor y de derecho a la identidad personal. De allí que, en opinión de un conocido autor italiano, la contribución del juez turinés representa un "salto de calidad" en el proceso de decantación conceptual del interés existencial atinente a la identidad personal. Se afirma, nuevamente, la autonomía de esta situación jurídica subjetiva respecto de otros derechos de la personalidad.

El fallo del Juez de Turin concluye ordenando la suspensión de la distribución del volante distorsionador de la identidad de Pannella.

(32) Esta sentencia se publicó en "Biustizia civile", 1980, I, pág. 965 y fue ampliamente comentada por la doctrina italiana.

2.2.4. El pronunciamiento del Juez de Roma de 2 de junio de 1980 y la tutela de la identidad colectiva.

La sentencia del Juez de Roma, de 2 de junio de 1980⁽³³⁾, reconocía la lesión a la identidad tanto de un parlamentario como del grupo político representado en la Cámara y al cual él pertenecía. El agravio alegado por el reclamante se había producido a través de algunas publicaciones periodísticas, por las cuales se hacía referencia al comportamiento del político y de su agrupación en el Parlamento.

En ellas se informaba como hecho cierto la colusión entre dicho parlamentario y su grupo con otra fuerza política. La supuesta concordada maniobra habría consistido en solicitar votación secreta, a sabiendas de que no podría producirse por falta de quórum de representantes, con el objeto de negar autorización para el inicio de un procedimiento investigador contra algunos parlamentarios. La maniobra, consistente en pedir votación secreta habría así impedido, maliciosamente, el juzgamiento de dichos representantes.

El juez sostuvo que las informaciones periodísticas en cuestión habían cometido el error de no distinguir entre lo que es una "noticia", que debe ser objetivamente transmitida, y el "comentario" que representa la opinión del periódico. La nota informativa aparecida en el diario, contrariamente a la verdad, daba por cierta la maniobra -no probada- y afirmaba que había tenido resultados positivos.

En la sentencia se sostenía que el parlamentario y su grupo político, representado en el Parlamento, habían demostrado que su voluntad no era aquella que se recogiera en la crónica periodística, la misma que había distorsionado la verdad. El juez consideró, por tanto, que se había lesionado la identidad política tanto del parlamentario como de su respectivo grupo.

El juez fundaba su sentencia en el artículo 8 de la ley de prensa de 8 de febrero de 1948, por el que se responsabiliza al director o al vice-director de un órgano periodístico de insertar, integral y gratuitamente, rectificaciones, respuestas o declaraciones de las personas a quienes se haya atribuido actos o pensamientos o afirmaciones lesivas a su dignidad o consideradas contrarias a la verdad. Por estas razones el juzgador estimó que el derecho de rectificación eran también un medio adecuado de defensa contra las lesiones a la verdad personal.

Es importante anotar que la sentencia bajo comentario, como se ha podido apreciar, no limita la titularidad del derecho a la identidad al sujeto individual o persona natural, sino que ella se hace extensiva al grupo, al sujeto colectivo. Es por ello que en este fallo se reconoce que ha sido distorsionada la identidad política de un grupo parlamentario, es decir, de un ente colectivo.

2.2.5. El histórico fallo del Tribunal de Milán de junio de 1980.

El pronunciamiento del Tribunal de Milán, de 19 de junio de 1980⁽³⁴⁾, se refiere al ilícito aprovechamiento de unas declaraciones formuladas a la prensa por una notoria personalidad científica italiana. Fragmentos de una conferencia de prensa

(33) *Esto fallo se publicó en "Foro it.", 1980, I, pág. 2046.*

(34) *Este fallo se publicó en "Giurisprudenza italiana", 1981, I, 2, pág. 373 y sgts.*

ofrecida por este cirujano y notable investigador en el campo de la medicina, habían sido utilizadas fuera de su contexto y sin asentimiento del declarante, para publicitar una determinada marca y tipo de cigarrillos.

En la citada rueda de prensa el científico había señalado, de modo categórico y reiterado, el grave peligro que representaba para la salud el uso del tabaco. Por lo demás, desde tiempo atrás, el prestigioso investigador era ampliamente conocido por ser absolutamente contrario al hecho de fumar.

En un determinado pasaje de sus declaraciones el científico había manifestado, colateralmente, que ciertas marcas y tipos de cigarrillos eran menos dañinos que otros, reduciéndose por esta circunstancia casi a la mitad el riesgo que significaba el hecho de ser adicto a los cigarrillos. Basándose en este fragmento de la conferencia de prensa, una empresa productora de cigarrillos inició una campaña publicitaria en la cual explotaba esta parte de las declaraciones, con el objeto de inducir al lector del aviso a considerar que el famoso científico afirmaba que la marca y el tipo de cigarrillos publicitados no eran dañinos para la salud.

El Tribunal estimó que la empresa había utilizado en su provecho estas declaraciones sin conocimiento, ni menos la autorización del reputado científico, lesionando no sólo la identidad del destacado investigador, sino también la del Instituto al cual pertenecía.

Este hecho significaba, por la trayectoria del médico, una distorsión de su personalidad y un atentado contra su notoria seriedad científica, pues lo hacía aparecer en una actitud de absoluto contraste con su decisiva e inveterada oposición al consumo de tabaco. Se trataba de una distorsión de su identidad, efectuada de mala fe.

El fundamento normativo de la sentencia del Tribunal de Milán lo constituye el artículo 7 del Código Civil, el mismo que protege el nombre de la persona contra todo intento de contestación o usurpación. Los jueces de Milán diéronle a este numeral una muy particular interpretación. Para ellos se trataba de un caso en el que se utilizaba el nombre de un sujeto para atribuirle situaciones que "falsean la representación externa de su persona". La sentencia, acertada en su protección de la identidad personal, no logró encontrar el pertinente sustento jurídico en el amplio principio constitucional de tutela integral de la persona, contenido en el artículo 2 de la Constitución italiana.

Los jueces, en su afán de hallar un adecuado fundamento legal, confundieron la protección del nombre con la de la identidad personal. En realidad no se trataba de un caso de usurpación del nombre, sino de desnaturalización de la personalidad del sujeto.

No puede desconocerse, sin embargo, que la reglamentación del derecho a la identidad se deduce, por analogía, de la disciplina relativa al derecho al nombre, sobre todo cuando aquél derecho no está tipificado en el ordenamiento jurídico italiano. Sólo en sentido operativo cabe acudir a la analogía, mas no en lo que respecta a la fundamentación misma del derecho a la identidad personal. A falta de una norma específica no cabe otra solución jurídica que recurrir a una norma constitucional de carácter general como es el de la tutela integral de la persona a que se ha hecho referencia.

2.3. La identidad personal en una reciente ejecutoria de la Corte de Casación.

2.3.1. Delimitación conceptual.

Una reciente ejecutoria de la Suprema Corte de Italia⁽³⁵⁾, que lleva como fecha el 22 de junio de 1985, marca un hito de singular importancia en el decurso de la evolución jurisprudencial de la temática referente a la nueva situación jurídica subjetiva correspondiente a la identidad personal. La emisión de dicha ejecutoria consolidada, a nivel del "derecho vivo" o derecho jurisprudencial, la existencia, alcances y consiguiente tutela del interés existencial representado por la identidad personal.

La sentencia de la Corte de Casación tiene el indudable mérito de considerar y desarrollar, con sentido crítico, las conclusiones a que había llegado la jurisprudencia hasta ese momento. Asume también las reflexiones suscitadas a nivel de la doctrina. Es así que se advierte, a través de este pronunciamiento judicial, una recíproca y fecunda influencia entre doctrina y jurisprudencia en el marco del derecho italiano actual.

La sentencia de la Suprema Corte contiene, como se ha advertido con razón, la más completa definición que sobre el derecho a la identidad personal se había producido hasta ese momento⁽³⁶⁾. El trascendental pronunciamiento expresa que "cada sujeto tiene un interés, generalmente considerado como merecedor de tutela jurídica, de ser representado en la vida de relación con su verdadera identidad, tal como ésta es conocida o podría ser conocida en la realidad social, general o particular, con aplicación de los criterios de la normal diligencia y de la buena fe subjetiva". Y, como consecuencia de lo hasta aquí manifestado, se agrega que el sujeto de derecho "tiene interés en que en el exterior no se altere, desnaturalice, ofusque, conteste, su propio patrimonio intelectual, político, social, religioso, ideológico, profesional, etc., tal como se había exteriorizado o aparecía, en base a circunstancias concretas y unívocas en el ambiente social". Hemos deseado transcribir textualmente un elocuente fragmento de la sentencia en cuestión por lo que ella significa en cuanto valiosa aproximación al concepto de identidad personal.

El pronunciamiento de la Corte empieza por reconocer que existe "un interés" existencial merecedor de tutela. La identificación de una necesidad inherente al ser humano es la base para la configuración de una situación jurídica subjetiva dentro de la cual se le brinde la más adecuada tutela, en el marco del interés social y enderezada al bien común.

El interés aludido se refiere en la sentencia como aquel que cada sujeto tiene de "ser representado en la vida de relación con su verdadera identidad". Es decir, que se le reconozca como lo que realmente es, en su "mismidad", como "uno mismo". Se trata de la verdad personal que, como anota, consiste en "el patrimonio intelectual, político, social, religioso, ideológico, profesional", dejando abierta, mediante un elo-

(35) El pronunciamiento de la Corte se publicó en "Nuova giurisprudenza civile commentata", cit., pág. 647, con un acertado comentario de V. Zeno-Zencovich.

(36) Entre otros, cfr. Lannolo y Verga, "Nuova giurisprudenza civile commentata", cit., pág. 453 y sgts.

cuenta "etcétera", la posibilidad de hallar otras connotaciones como, por ejemplo, aquellas de carácter moral o psicológico.

En el fallo que hemos glosado se alude a la identidad personal no como aquella de carácter físico o biológico, a la que comúnmente se le conoce como "identificación". La Corte distingue, implícitamente pero con claridad, esta noción estática, a la que se contraen los signos distintivos, como el nombre o el seudónimo, o la imagen y la fecha de nacimiento, de la "identidad personal". Esta última no es estática. Por el contrario, refiriéndose a la personalidad, es dinámica. Se enriquece, progresa, se degrada, cambia. Tiene una connotación cultural, entendida como lo que el hombre hace en su vida y con su vida. El fluido y cotidiano quehacer en que consiste la humana existencia.

En opinión de la Corte el concepto de "identidad personal" debe entenderse como el patrimonio cultural, en su más amplia aceptación. Excluye, por tanto, a aquella identidad estática —las generales de ley— que merece también una distinta protección jurídica. Para la Corte, la identidad a la que se refiere la sentencia se constituye por el conjunto de creencias, opiniones y acciones del sujeto en su proyección social. Se prescinde, por tanto, de aquello que podría considerarse como la identidad biológica o registral, a la cual se le designa también como "identidad física". La otra, la que es materia de la sentencia, vendría a ser la "identidad espiritual".

Por nuestra parte, somos de la opinión que la identidad personal, en cuanto el ser humano es una inescindible unidad sicosomática, debe integrar unitariamente todo lo que constituye la plena realidad existencial. Por ello estimamos que, al configurar la noción de "identidad personal", no puede prescindirse de la identidad biológica o física, la que debe ser considerada al lado de aquella dinámica o espiritual. Es evidente que, desde un punto de vista teórico, es posible distinguirlas y aun tutelarlas jurídicamente de modo independiente, lo que nos parece correcto. Pero si se quiere formular una única y amplia noción de "identidad personal" no podría omitirse la faceta estática a la que hemos hecho referencia. Lo somático y lo espiritual definen, en conjunto, la identidad personal.

El pronunciamiento que venimos comentando deja muy en claro el carácter objetivo del derecho a la identidad. La "identidad" materia de tutela es aquella que "se proyecta" socialmente. Es decir, pensamientos u opiniones que se transforman en fenoménicas conductas intersubjetivas. Se protege la personalidad compartida, en interferencia con los demás, dentro de la trama social.

La sentencia que comentamos se refiere a la identidad de manera objetiva cuando señala que lo que se tutela es la personalidad "tal como es conocida o podría ser conocida en la realidad social". Lo que se protege es la identidad en cuanto ha sido "comunicada", en tanto la personalidad, con su conjunto de ideas y opiniones, se ha objetivado, ha dejado su huella en la vida de relación.

No puede pasarse por alto un aspecto de especial interés que recoge la sentencia en cuestión. Se trata de aquello que los magistrados aluden bajo la expresión "criterios". Es decir, de los parámetros que deben aplicarse por los jueces al efecto de apreciar si se ha producido una alteración de la identidad personal. Dichos criterios están

referidos en el fallo bajo los conceptos de "normal diligencia" y "buena fe subjetiva". Esta precisión es muy importante en la medida que "humaniza" la relación jurídica, atendiendo a factores subjetivos que deben ser tomados en consideración al juzgar las conductas lesivas a la identidad personal.

2.3.2. *El deslinde con otros derechos de la persona.*

El fallo de la Corte de Casación antes comentado, reviste importancia adicional por haber contribuido a la tarea de deslinde conceptual del derecho a la identidad personal en relación con otros derechos de la persona, con los que guarda estrecha conexión.

Es evidente que, si reservamos la expresión "identidad personal" para definir sólo el aspecto dinámico de ella, es decir, el patrimonio cultural del sujeto, debe procederse a distinguirla de otros derechos que se refieren a lo que constituye la vertiente de la "identidad física" o estática de la persona. En este orden de ideas es imprescindible aludir, principalmente, a los signos distintivos, como el nombre y el seudónimo, y a la imagen de la persona.

En lo que respecta al nombre, la Suprema Corte hace alusión al fallo del Tribunal de Milán, de fecha 19 de junio de 1980 (supra 2.2.5.), en el que se acoge el reclamo de un notable científico, pronunciamiento que se había fundado en el artículo 7 del Código Civil italiano que protege la usurpación del nombre. Dicho Tribunal, en una discutible interpretación, consideró que la violación a la identidad personal significaba "implicar al titular del nombre en situaciones que falsean la representación externa de su persona". Esta situación fue apreciada por los magistrados milaneses como "un hecho lesivo por uso indebido del nombre ajeno".

En opinión de la Suprema Corte, los jueces del Tribunal de Milán habrían alterado, en vía interpretativa, el contenido del artículo 7 del Código Civil. Para los magistrados supremos entre el derecho a la identidad personal y el derecho al nombre existe tan solo una cierta correlación. No puede considerarse, por ende, que el derecho a la identidad esté comprendido dentro de los alcances conceptuales del derecho al nombre, que tiene que ver con la identidad estática o "identificación".

La Corte fija con nitidez el criterio que permite distinguir las dos nociones a las cuales nos venimos refiriendo. Para los magistrados supremos los signos distintivos, como el nombre y el seudónimo, identifican al sujeto en el "plano de la existencia material y de la condición civil y legal", mientras que la identidad es "una fórmula sintética que distingue al sujeto desde el punto de vista global en sus específicas características y manifestaciones". Es decir, de sus expresiones morales, sociales, políticas, intelectuales, profesionales, todo lo que hace patente "la concreta y efectiva personalidad individual del sujeto".

La Corte diferencia también el derecho a la identidad personal del derecho a la intimidad. El primero "asegura la fiel representación de la proyección social" mientras que el derecho a la intimidad tutela "la no representación hacia el exterior de los propios asuntos personales que no tienen para los terceros un interés socialmente apreciable".

La sentencia de la Corte de Casación, si bien no formula una expresión diferenciada entre derecho a la identidad personal y el derecho al honor y a la reputación, deja constancia que la lesión a la proyección social de la persona puede ocurrir mediante una acción que, al mismo tiempo, no agravie el honor o la reputación del sujeto.

2.3.3. *La fundamentación normativa.*

Es importante resaltar que la sentencia de la Corte de Casación, del 22 de junio de 1985, se fundamenta en el artículo 2 de la Constitución italiana. La Corte deriva del mencionado numeral la tutela de la identidad personal, precepto que opera como cláusula general y abierta de protección de la personalidad. El citado artículo prescribe que la República "reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, ya sea individualmente o en las formaciones sociales, donde desarrolla su personalidad, y requiere el cumplimiento de los deberes inderogables de solidaridad política, económica y social".

La Corte estimó que el mencionado numeral tutela, de modo integral y con la mayor amplitud, sin excepción, "todos los derechos inviolables del hombre". Este artículo constitucional se erige así en el generador de cualquier derecho de la persona que no estuviere específicamente tipificado y desarrollado en el ordenamiento jurídico. Dentro de estos "derechos inviolables" no contemplados en el ordenamiento jurídico, se encuentra el derecho a la identidad personal, el derecho a "ser uno mismo", en tanto interés existencial merecedor de tutela jurídica. Corresponderá al juzgador, en cada caso, determinar la presencia de un interés existencial que dimanara de la dignidad del sujeto.

La Corte, en lo que se refiere a la operatividad del derecho se remite en vía analógica, al artículo 7 del Código Civil en el que se protege el nombre de la persona. La Corte consideró que la reglamentación del derecho a la identidad debe deducirse, por analogía, de la disciplina prevista por el ordenamiento jurídico para el nombre del sujeto. Ello se sustenta en el hecho de que la figura del nombre resulta ser la que denota mayor afinidad que otras en relación con el derecho a la identidad personal en su sentido dinámico.

El procedimiento analógico permite al juez aplicar al caso de la identidad personal los medios de tutela que la ley prevé para la contestación o usurpación del nombre. Es decir, quien se sienta agraviado podrá solicitar la cesación del hecho lesivo, el pago de los daños, si fuera el caso, y la publicación de la sentencia. Todas estas posibilidades están expresadas en el mencionado artículo 7 del Código Civil italiano.

2.3.4. *Los últimos desarrollos de la jurisprudencia italiana.*

De entre las últimas publicaciones que hemos tenido la oportunidad de revisar encontramos que, con posterioridad a la ejecutoria de la Corte Suprema de 1985 el Pretor de Varese, con fecha 27 de enero de 1986⁽³⁷⁾, hace referencia a otras interesantes medidas cautelatorias de la identidad personal que vale la pena recordar.

(37) Se publicó en "Dir. inf. e inform.", 1986, pág. 553.

El caso resuelto por el Pretor de Varese es el de una lesión a la identidad personal cometida no a través de un órgano periodístico, sino mediante un libro que, como es obvio, es un bien con mayor posibilidad de permanencia en la memoria colectiva que la publicación de un periódico cotidiano. El referido Pretor consideró, en esta particular eventualidad, la aplicación de diversas medidas cautelatorias de la identidad lesionada en las páginas del libro. Ellas consistieron en el envío de comunicados desmintiendo la falsa afirmación contenida en dicha obra, que era desfigurante de la personalidad, a notorios personajes poseedores del volumen así como la publicación del mismo en los periódicos. El juez también ordenó que, de producirse una nueva edición, se insertase la nota aclaratoria que precisaba la verdad en la misma página del libro donde había aparecido la lesiva aseveración.

3. La simultánea preocupación de la doctrina italiana por el derecho a la identidad.

Frente a la elaboración jurisprudencial del derecho a la identidad personal, un inquieto y alerta sector de juristas de Italia centró su interés en esta, hasta entonces desconocida, situación jurídica subjetiva, lo que motivó la convocatoria a varias y sucesivas reuniones de reflexión y estudio. En dichos certámenes jurídicos se debatió la ardua problemática referida a la identidad personal. Nos referimos a los seminarios que se llevaron a cabo en Génova, en el año 1980, en Roma y en Messina en el año de 1982.

Los resultados del encuentro de Génova han sido recogidos en un interesante volumen titulado "Il diritto alla identità personale", el mismo que fuera editado en 1981. El seminario de Roma dió origen a otro libro denominado "L'informazione e i diritti della persona", el que fue publicado en el año de 1983. Los trabajos presentados en el tercero de los mencionados eventos aparecen en el libro denominado "La lesione dell'identità personale e il danno non patrimoniale", el mismo que viera la luz en 1985.

En los seminarios se confrontaron opiniones, no siempre coincidentes, y se expusieron no pocas dudas y perplejidades en cuanto al derecho a la identidad. Dicha preocupación ha generado una no muy abundante pero ilustrativa bibliografía (38). Esta producción, de reciente data, demuestra el justificado interés de la doctrina en torno a esta nueva situación jurídica subjetiva.

Pero, más allá de las interrogantes planteadas, es impostergable remarcar la tarea

(38) Entre los libros más recientes pueden citarse A. de Cupis, "I diritti della personalità", en el "Trattato di Diritto Civile e Commerciale", dirigido por Cicu-Messineo, Giuffrè, Milán, 1982, pág. 399 y sgts.; M. Dogliotti, "Le persone fisiche" en "Trattato di Diritto Privato", cit., pág. 98 y sgts.; AA.VV., "Il diritto alla identità personale", cit.; AA. VV., "L'informazione e i diritti della persona", cit.; AA. VV.; F. Macioce, "Tutela civile della persona e identità personale", Cedam, Padua, 1984; AA. VV., "La lesione dell'identità personale e il danno non patrimoniale", Giuffrè, Milán, 1985; V. Zeno-Zencovich, "Onore e reputazione nel sistema del diritto civile", Jovene, Nápoles, 1985, pág. 343 y siguientes.

Aparte de las obras antes citadas, existen numerosos ensayos y comentarios de jurisprudencia aparecidos en diversas revistas, que sería muy largo enumerar, algunos de los cuales se citan en el presente trabajo.

que le corresponde a la doctrina civil de continuar con la elaboración dogmática ya iniciada en torno a la identidad personal.

La presencia de un nuevo derecho subjetivo comporta siempre un trabajo de ardua y complicada solución. Tal vez la conciencia de este hecho llevó a Rescigno a afirmar, con ocasión del seminario de Génova ⁽³⁹⁾, que "el derecho a la identidad personal representa un paso ulterior: pero ya han aflorado perplejidades acerca de la posibilidad de encontrar una base positiva". Y añadía que, mientras tanto, conviene precisar los límites del derecho ya que, de circunscribirse su ámbito, el derecho a la identidad "puede encontrar menos aversiones y desconfianzas y puede servir para proporcionar una respuesta positiva al problema que ahí ha emergido, de conciliar la pretensión del individuo a ver garantizada su identidad y la libertad de manifestación del pensamiento con la finalidad de informar".

La ponderada observación de Rescigno ponía en evidencia que la principal objeción que se formula contra el derecho a la identidad es que puede representar — presuntamente— una limitación al derecho de informar.

De otro lado, se advierte que el interés que aparece como tutelable, correspondiente a la identidad, no es de fácil percepción. Ello no sólo por su profundidad, sino también por su ambigüedad consubstancial, en tanto que sobre la identidad pueden confrontarse dos versiones no necesariamente coincidentes: la que cada cual tiene de su "verdad personal" y la visión que poseen los demás de dicha personalidad. Esta última pone énfasis en la estructura coexistencial de la persona.

El juez se enfrenta, de esta manera, a un delicado problema que debe solucionar con amplia discrecionalidad, ya que la prueba de cada versión puede presentar dificultades. Ellas se acentúan cuando se trata de un personaje público, teniendo en cuenta que la proyección social de la persona tal como la entienden los demás, especialmente los medios de comunicación masiva, puede desnaturalizar voluntaria o involuntariamente, por acción u omisión, la identidad personal.

De otro lado, las dificultades teóricas concernientes a esta situación jurídica se acrecientan por la interdependencia que existe entre los derechos de la persona. Este hecho origina, con relativa frecuencia, la simultánea lesión de dos o más derechos lo que, a su vez, trae consigo la necesidad de un deslinde conceptual entre los que significa la identidad personal, de una parte, y los signos distintivos, el honor, la reputación, la intimidad, la autoría intelectual, de otra. Sobre este tópico aún no existe un pleno acuerdo en la doctrina.

El tema de la identidad personal, que es de toda actualidad, está abierto al debate doctrinario. Aún en estado embrionario, este derecho se encuentra en plena elaboración dogmática a fin de esclarecer cuáles son sus confines teóricos, los que no se hallan, en opinión de algunos juristas, totalmente esclarecidos.

Cabe manifestar que, si bien la gran mayoría de los autores que se han ocupado de la materia aceptan la existencia del derecho a la identidad personal, algunos otros,

(39) Rescigno, "Conclusioni", cit., pág. 189.

como es el caso de Pace, Falzea o De Martini, expresan su rechazo, su crítica o, al menos, expresan serias dudas sobre el particular (40).

Un reducido grupo de juristas niega que la identidad sea un interés existencial tutelable basándose, fundamentalmente, en la presunta limitación que aquélla significaría para el derecho a la información.

4. La noción jurídica de identidad.

4.1. El concepto de identidad en la jurisprudencia.

De la revisión de algunos pronunciamientos jurisprudenciales italianos, especialmente aquél de la Corte de Casación de 22 de junio de 1985, se advierte como a través de ellos se va configurando la noción del derecho a la identidad sobre la base de la percepción de un interés existencial digno de tutela jurídica.

Dicho interés, que no se encuentra protegido por una norma específica dentro del ordenamiento jurídico, consiste en que cada persona no vea alterada la proyección social de su personalidad, su perfil social: su identidad, en síntesis.

La sentencia de la Suprema Corte italiana, antes señalada, ha sido determinante en el desarrollo jurisprudencial de la nueva situación jurídica subjetiva relativa a la identidad personal. En dicho fallo se precisa que la identidad "integra un bien esencial y fundamental de la persona, aquel de ver respetado de parte de los terceros su modo de ser en la realidad social, o sea de verse garantizada la libertad de desarrollar integralmente la propia personalidad individual, ya sea en la comunidad en general como en las comunidades particulares".

En el fallo se reconoce que la identidad es un "bien esencial" de la persona. De otro lado, la sentencia en mención resalta que la identidad significa, en buena cuenta, "el modo de ser" de cada persona "proyectado a la realidad social", remarcándose así la proyección social de la personalidad y, con ella, la objetividad que debe siempre acompañar a la determinación de la identidad personal.

La jurisprudencia italiana, como lo hace notar Zeno-Zencovich, ha puesto de relieve tres notas características de la identidad personal (41). En primer término, se ha precisado la naturaleza omnicomprendensiva de la personalidad del sujeto, es decir, su calidad de ser representativa de la totalidad de su patrimonio cultural, cualquiera sea su específica manifestación.

En segundo lugar, la jurisprudencia destaca la objetividad de la identidad personal "entendida en el sentido de correspondencia entre comportamientos externos re-

(40) A. Falzea, en "Il diritto all'identità personale: motivi di perplessità" en "La lesione dell'identità personale e il danno non patrimoniale", cit., pág. 87 y sgts., expresa, en pág. 88, su perplejidad, sobre todo, en cuanto al fenómeno y al concepto de identidad personal"; S. Fois, cit., pág. 55 y sgts., es más concluyente cuando en la página 172 afirma que "me parece por lo tanto que prevalecen netamente los argumentos tendientes a excluir que la identidad personal pueda ser considerada un derecho, o en cualquier caso un interés, situado a nivel constitucional"; A. Pace, "Il c.d. diritto all'identità personale e gli artt. 2 y 21 de la Costituzione", en "Il diritto alla identità personale", cit., pág. 36 y sgts.

(41) Zeno-Zencovich, al comentar el fallo de la Corte de Casación de 22 de junio de 1985, en "NBCC", cit., pág. 655.

levantes del sujeto y la representación de la personalidad”⁽⁴²⁾. Es decir, que lo que merece tutela es la “identidad real” y no aquella aparente o simulada que la persona pueda subjetivamente atribuirse.

La identidad personal se caracteriza, finalmente, por su “exterioridad”. Ella se refiere al sujeto en su proyección social, en su dimensión de coexistencialidad. Giacobbe sintetiza esta afirmación jurisprudencial cuando manifiesta que la expresión “identidad personal” es asumida, originalmente, “como signo de la existencia de situaciones jurídicas —o situación jurídica— subjetivas en conexión con la persona; en particular con sus actitudes, o sea como proyección de la persona en la realidad social, mediante la unitaria configuración de sus atributos esenciales”⁽⁴³⁾.

4.2. La noción de identidad en la doctrina.

4.2.1. *La noción de identidad en las obras de De Cupis y Messineo.*

Es necesario observar que, no obstante que en la actualidad persisten ciertas dudas en cuanto a diversos aspectos referentes a la nueva situación jurídica subjetiva definida como identidad personal, la noción de ésta se ha consolidado en los últimos años, tanto por los aportes jurisprudenciales como por aquellos dados por un selecto grupo de juristas, ambos en recíproca influencia.

En opinión de Giacobbe, la más completa elaboración doctrinal de la identidad corresponde a De Cupis ⁽⁴⁴⁾. Según Giacobbe, su obra representa el resultado de una profunda investigación que nos conduce, principalmente, a la primera edición del volumen titulado “I diritti della personalità”, publicado en 1961. Pero, al lado de este libro capital de De Cupis, no puede prescindirse de algunos ensayos menores que el autor dedicó precursoramente a la materia. Nos referimos, entre otros, a un trabajo que De Cupis publicara en 1949 bajo el nombre de “Il diritto alla identità personale”. En el año 1982 aparece la segunda edición de “I diritti della personalità”, en la que se advierte una maduración de sus ideas sobre el tema y un desarrollo más amplio del derecho a la identidad personal.

La identidad personal es “ser uno mismo”, representado con sus propios caracteres y sus propias acciones, “constituyendo la misma verdad de la persona”. Ella no puede, en sí y por sí, ser destruida ya que “la verdad, precisamente por ser la verdad, no puede ser eliminada”⁽⁴⁵⁾. Con estas palabras inicia De Cupis el tratamiento del tema en la segunda edición de su libro “I diritti della personalità”, antes mencionado.

Ser “uno mismo”, continúa De Cupis, significa serlo “aparentemente también en el conocimiento, en la opinión de otros: significa serlo también socialmente”⁽⁴⁶⁾. Es esta proyección la que puede ser lesionada y que, por ser un bien jurídico, merece tutela. Se trata de la intención que posee la persona de afirmar su propia individuali-

(42) *Ibidem*.

(43) Giacobbe, “L’identità personale tra dottrina e giurisprudenza. Diritto sostanziale e strumenti di tutela” en “La lesione dell’identità personale e il danno non patrimoniale”, cit., pág. 17.

(44) *Ibidem*, en nota 1 de pág. 2.

(45) De Cupis, “I diritti della personalità”, cit., pág. 399.

(46) *Ibidem*.

dad. Ella se traduce en su deseo de "resultar en el ámbito social, aquello que realmente es, son sus propias cualidades y sus propias acciones" (47).

Es importante para el hombre, según De Cupis, no sólo afirmarse como persona sino como "una cierta persona", como aquella que realmente es. Pero puede ocurrir que, por la acción de un elemento perturbador, la persona sea infielmente representada a través de la utilización de elementos "no verdaderos o por la omisión de elementos verdaderos, con la consecuencia de ser falseada, alterada, frente a la sociedad, la individualidad del mismo sujeto" (48).

No obstante lo expuesto, en la obra de De Cupis se advierte una confusión conceptual, que no ha logrado disiparse del todo en la última edición de su libro capital, entre lo que es la identidad y los llamados signos distintivos de la persona, tales como el nombre o el seudónimo. Esta confusión se observaba claramente en su trabajo de 1949 "Il diritto alla identità personale", el que se divide en dos partes, una primera dedicada al derecho al nombre y la otra al derecho a la imagen. Del esquema planteado se deduce que para el autor, la identidad equivaldría a la "identificación" o, mejor, a la faceta estática, biológica y registral de la identidad, dejando de lado la vertiente dinámica, es decir, la proyección social de la personalidad.

La misma confusión se percibe, como se ha anotado, en la segunda edición de su obra "I diritti della personalità", no obstante el salto de calidad que se aprecia en ésta, cuando el autor señala que los signos distintivos tienen como función identificar a la persona en el ámbito social. En "otras palabras, para facilitar aquella proyección social de la identidad personal que el ordenamiento jurídico quiere proteger" (49).

Similar equiparación entre los signos distintivos y la identidad personal la encontramos en Messineo, como consecuencia de escribir en un primer momento de decantación de esta situación jurídica subjetiva. Para este autor, la persona tiene derecho a "no ser confundida con las demás" (50). El derecho a la identidad se constituye, según Messineo, sobre la base del nombre, con lo cual reduce su concepto al status del sujeto, sin hacer alusión al patrimonio cultural e ideológico de la persona. Esta concepción, sin duda, ha sido ampliamente superada en la actualidad.

4.2.2. Consolidación doctrinaria de la noción del derecho a la identidad personal.

Alpa, en el seminario de Génova, puso de relieve que los confines teóricos del derecho a la identidad personal no eran claros, por lo que resultaba necesario operar una precisa delimitación del campo propio de la respectiva investigación (51). Esta comprobación, sin embargo, no impide que el autor admita que la persona tiene una exigencia existencial que consiste en ser reconocida como portadora de definidos

(47) *Ibidem*.

(48) *Ibidem*, pág. 400.

(49) *Ibidem*, pág. 402.

(50) F. Messineo, "Manuel de Derecho Civil y Comercial", Tomo II, trad. de Sentis Melendo, E. J.E.A., Buenos Aires, 1954, pág. 92.

(51) B. Alpa, cit., pág. 15.

principios morales, políticos, ideológicos, en todos los cuales ella se representa y que nadie debe alterar.

Dogliotti individualiza en la identidad personal el complejo de las características que concurren a formar la personalidad, como son "las experiencias pasadas, la condición presente y sobretodo, las posiciones, las aspiraciones y convicciones ideológicas, políticas y morales de cada individuo"⁽⁵²⁾. El derecho a la identidad reclama así, según Dogliotti, la exigencia de ser reconocido socialmente como "uno mismo", "en la perspectiva de una cumplida representación de la personalidad individual en todos sus aspectos e implicaciones, en sus calidades y atribuciones..."⁽⁵³⁾.

La exigencia que emerge de la situación existencial relativa a la identidad es, para Tommasini, aquella de carácter fundamental que se refiere a la realidad o verdad personal. El respeto a la verdad se actualiza así "en el respeto a la real identidad de los sujetos, de aquella identidad que caracteriza de los sujetos, de aquella identidad que caracteriza el tipo de vida de cada uno en un espacio y en un tiempo definido"⁽⁵⁴⁾. De ahí que para este autor todo hecho que represente infielmente a la persona da derecho a exigir el cese de la conducta lesiva y al cumplimiento de los actos idóneos que permitan restablecer la verdad personal.

Tommasini considera con acierto que el individuo se distingue de los otros por una serie de signos externos, como el nombre, los datos respecto al nacimiento, la filiación, la imagen, todo lo cual constituye los perfiles estáticos concernientes a la "identificación". De otro lado, la identidad del sujeto como "proyección externa de la esfera espiritual debe ser siempre apreciada dinámicamente en relación con las modificaciones que ella sufre según los diversos comportamientos comprensivamente asumidos por el sujeto"⁽⁵⁵⁾.

Tommasini señala también que el sujeto no puede pretender que se le garantice una identidad artificial e irreal, ya que ella que se protege debe ser la que refleje la verdad de las acciones y valores propios del sujeto, en su proyección social.

Scalisi, por su parte, concibe a la identidad personal como aquello que individualiza al sujeto, "que lo distingue y hace diverso, cada cual respecto del otro"⁽⁵⁶⁾.

Roppo observa que, contrariamente a lo que acontece con otros derechos de la personalidad, el derecho a la identidad personal no se plantea como un límite en cuanto a la acción de los demás, es decir, en sentido negativo, sino más bien como un requerimiento de "la positiva expresión de la propia personalidad"⁽⁵⁷⁾.

(52) M. Dogliotti, "Il diritto alla identità personale nel quadro dei diritti della personalità", en "Il diritto alla identità personale", cit., pág. 66.

(53) M. Dogliotti, "Le persona fisiche", cit., pág. 99.

(54) R. Tommasini, cit., pág. 83 y pág. 87.

(55) Ibidem, pág. 89.

(56) V. Scalisi, "Lesione dell'identità personale e danno non patrimoniale" en "La lesione dell'identità personale e il danno non patrimoniale", cit., pág. 119.

(57) E. Roppo, "Diritti della personalità, diritto all'identità personale e sistema dell'informazione. Quale modello di politica del diritto?", en "L'informazione e i diritti della persona", cit. pág. 29.

De las opiniones hasta aquí citadas, se puede apreciar que en la actualidad existe prácticamente unanimidad de pareceres, en lo que atañe a la noción de identidad personal, entre los autores que admiten la existencia de este derecho.

Los problemas que aparecen en torno a esta nueva situación jurídica subjetiva, como se ha podido apreciar, no radican en la definición de lo que es la identidad personal, sino que ellos surgen en relación con otras cuestiones, tanto teóricas como prácticas, que aún persisten como interrogantes sobre los cuales discute la doctrina. A estos problemas se refieren casi todos los autores. Al respecto es ilustrativo el "cuestionario" que sobre el derecho a la identidad se planteaba Alpa en un trabajo que presentó en el seminario de Génova⁽⁵⁸⁾.

4.2.3. Nuestra percepción de la identidad personal.

Como corolario de todo lo hasta aquí expuesto, y luego de haber revisado brevemente algunas de las más conocidas versiones doctrinarias en torno a la identidad personal, cabe intentar algunas precisiones finales sobre el particular.

Entendemos como identidad personal el conjunto de atributos y características sicosomáticas que permiten individualizar a la persona en sociedad. Identidad personal es todo aquello que hace cada cual sea "uno mismo" y no "otro". Este plexo de rasgos de la personalidad de "cada cual" se proyecta hacia el mundo exterior y permite a los demás conocer a la persona, a cierta persona, en su "mismidad", en lo que ella es en cuanto ser humano.

Los atributos y características que, en su totalidad, definen objetivamente la personalidad que se exterioriza, pueden tener la calidad de elementos estáticos, invariables salvo excepciones, o dinámicos, fluidos, en proceso de cambio y de enriquecimiento. Los primeros, es decir, los estáticos, son los primeros que se hacen visibles frente a la percepción de los demás en el mundo exterior. Entre estos cabe señalar a los signos distintivos, como el nombre, el seudónimo, la imagen y otras características físicas que distinguen a una determinada persona de las demás. La persona se identifica de modo inmediato y formal por estos atributos.

La identidad, que hemos dado en llamar dinámica, se configura por lo que constituye el patrimonio ideológico-cultural de la personalidad. Es la suma de los pensamientos, opiniones, creencias, actitudes, comportamiento de cada persona que se expresan en el mundo de la intersubjetividad. Es el conjunto de atributos vinculados con la posición profesional, religiosa, ética, política, y son los rasgos psicológicos de cada sujeto. Es todo aquello que diseña la personalidad orientada hacia el exterior. Es, en síntesis, el bagaje de características que definen la "verdad personal" en que cada cual consiste.

La identidad se nos presenta, por lo expuesto, como un interés existencial digno de tutela. Este exige que la persona sea representada tal como es, sin alteraciones, distorsiones, desnaturalizaciones, ya sea imputándole actitudes, conductas o comportamientos que disminuyan o pretendan realzar su personalidad más allá de lo que co-

(58) El trabajo en referencia aparece en pág. 15 y sgts. del libro "Il diritto alla identità personale", ya citado.

responde a la "verdad personal". Frente a este derecho se yergue el deber de los "otros" de respetar la "historia" que cada cual proyecta.

Tratándose de una situación jurídica subjetiva hallamos también que frente al derecho del sujeto, aparece, a su vez, la facultad de los demás de exigir autenticidad en las manifestaciones externas de la personalidad del titular. No puede perderse de vista que la identidad es la proyección social de una objetiva "verdad personal".

1.2.4. Opiniones críticas del derecho a la identidad personal.

Algunos pocos autores niegan autonomía al derecho a la identidad. Otros, no muy numerosos, expresan, al menos, serias dudas o ciertas perplejidades en cuanto a dicha situación jurídica subjetiva. Es del caso citar, entre los que manifiestan tales dudas, a Falzea, De Martini, Scalisi, Pace, Auteri, Fois, Marchesiello (59).

Marchesiello sostiene que no le parece que haya nada más oscuro, frágil y precario que la noción de identidad personal. Ella es, para el autor, algo extremadamente privado e indefinible (60).

Falzea expresa serias dudas en cuanto al concepto de identidad. Si ésta se entiende bajo la metáfora de "la imagen social de la persona", ella consiste, según Falzea, en la percepción que la sociedad tiene del sujeto. Pero, si esto es así, resulta que "no existirán nunca dos sujetos que vean a la persona del mismo modo, por lo que la unidad de la persona en la imagen que los demás se forman de ella no tendrá jamás los mismos caracteres y se disuelve en la nada, quedando como real sólo la multitud imponible de las imágenes que se forman en cada uno de los demás" (61). De ahí que, para el autor, la identidad que se tutele sea aquella que el juez aprehende de cierta persona.

Para De Martine el problema de la identidad personal es metajurídico, pues constituye un tema que pertenece a la filosofía o a la psicología, por lo que es "un no-problema en el área de las relaciones interpersonales, que es aquella hacia la que se dirige la atención de la ciencia jurídica" (62). El término "identidad" le resulta demasiado ambiguo en tanto designa la esencia de un determinado sujeto, pero tal cual el propio individuo la percibe o tal como la percibe la sociedad, por lo que no resulta claro dónde termina la subjetividad y dónde comienza la objetividad.

Fois estima que el derecho a no ser presentado bajo una "falsa luz" debería considerarse dentro del derecho a la privacidad. Señala que falta una adecuada elaboración de la doctrina internacional en lo que atañe a la diferencia entre privacidad e identidad (63). Le niega, además, fundamento constitucional dentro del ordenamiento jurídico italiano. En todo caso, afirma, tal derecho representaría, en la mejor de

(59) En las notas siguientes nos referiremos, en cada caso, a las publicaciones donde aparecen oposiciones, dudas o perplejidades en relación con la situación jurídica subjetiva referente a la identidad personal.

(60) M. Marchesiello, "Persona, gruppi, comunità in cerca di un diritto all'identità" en "Il diritto all'identità", cit., pág. 9.

(61) A. Falzea, cit. en nota (40), pág. 89.

(62) C. De Martini, "Il diritto alla identità personale nella esperienza operativa" en "La lesione dell'identità personale e il danno non patrimoniale", cit., pág. 91.

(63) S. Fois, cit., pág. 48.

las hipótesis, una consecuencia indirecta del derecho a la inviolabilidad moral, protegido por el artículo 13 de la Constitución italiana.

Pace expresa dudas en cuanto a la posibilidad de derivar nuevos derechos de la cláusula general ubicable en el artículo 2 de la Constitución italiana. Según su parecer no existe un derecho a la "verdad personal". La prohibición de formular falsedades o inexactitudes constituye sólo un límite a la libertad de expresión del pensamiento, sin que de ello de lugar a un derecho⁽⁶⁴⁾.

Auteri manifiesta también ciertas dudas en admitir tal derecho en la forma como lo propone la doctrina. No obstante, ser contrario a esta nueva situación jurídica subjetiva hace la salvedad que "es uno de los pocos que disienten del ordenamiento general favorable al reconocimiento del derecho a la identidad personal"⁽⁶⁵⁾.

Lo decisivo, en nuestra opinión, y sobre lo que estimamos no debería caber duda alguna, es la existencia de un real interés humano a tutelar, vinculado con lo más profundo del yo, como lo es también la libertad, y que se condice con la estructura coexistencial del ser humano.

5. La identidad personal en relación con otros derechos de la personalidad.

En un primer momento, la situación jurídica subjetiva atinente a la identidad personal fue confundida con otros derechos de la personalidad que le están conceptualmente próximos. Entre éstos se cuentan, fundamentalmente, aquellos referentes a los signos distintivos —nombre, seudónimo— a la identidad, al honor, a la reputación y al derecho moral de autor.

Esta inicial confusión ha ido paulatinamente esclareciéndose gracias a la acción concertada de la jurisprudencia y la doctrina. Sin embargo, aún quedan algunas dudas que la ciencia jurídica deberá disipar.

La elucidación teórica del ámbito de cada derecho resulta de ineludible necesidad si se tiene en cuenta que, como precisara la Corte de Casación de Italia en su sentencia de 22 de junio de 1985, una lesión a la identidad personal puede producirse sin que dicho agravio afecte, simultáneamente, al honor, la reputación, la intimidad o la imagen de la persona.

5.1. Identidad personal y signos distintivos.

La mayor confusión conceptual producida, tanto a nivel de la jurisprudencia como de la doctrina, es la que se presenta entre las nociones de identidad personal y signos distintivos, especialmente en lo que atañe al nombre.

Cabe recordar a este propósito que la existencia de una miríada de derechos de la personalidad en la que cada uno tutela un específico aspecto del sujeto, tiene como fundamento común el todo unitario e inescindible que es la persona. De allí la interdependencia de las situaciones jurídicas subjetivas que protegen determinados intereses existenciales o modos de ser de la persona.

(64) A. Pace, *cit.*, en nota (40).

(65) P. Auteri, "Diritto alla paternità dei propri atti e identità personale" en "Il diritto alla identità personale", *cit.*, pág. 98.

El derecho, en su dimensión formal-normativa, no puede desconocer ni contradecir la unidad ontológica del ser humano, su indivisibilidad sicosomática. Es por ello que los nuevos intereses existenciales o conductas inéditas deben tutelarse sobre la base de esta primaria realidad.

En lo que atañe a la relación entre la identidad personal y los signos distintivos, hemos visto (*supra* 2.2.5.) como el Tribunal de Milán resolvió un caso de falseamiento de la identidad de un científico amparándose en el artículo 7 del Código Civil italiano que protege el nombre. La Corte de Casación, rectificando el error, apoyó su decisión en el artículo 2 de la Constitución, que opera como cláusula general y abierta para la tutela de la persona.

La ejecutoria suprema de 1985 es tajante al efectuar el deslinde teórico entre el derecho a la identidad personal y el derecho al nombre. En el fallo se expresa que el nombre no puede entenderse como el símbolo de "la entera, de la total personalidad del titular". Para la Suprema Corte, mientras que los signos distintivos identifican al sujeto en el plano de la existencia material y de la condición civil, la identidad personal, en cambio, es una "fórmula sintética para distinguir al sujeto desde un punto de vista global en la multiplicidad de sus específicas características y manifestaciones", con lo que, sin duda, se refiere a las expresiones ideológicas, morales, políticas, culturales, etc., que denotan la cabal personalidad del sujeto en su proyección social.

En la doctrina cabe señalar la opinión de algunos autores que se han ocupado del tema.

Rescigno señala que es ajena a la materia de la identidad personal el tema relativo a los signos distintivos del sujeto. La identidad personal, sostiene, ya no es más la fórmula que resume los signos de identificación, en tanto no se encuentra en esta noción "el valor positivo del derecho a la identidad como hoy se afirma y reivindica" (66).

Dogliotti coincide con Rescigno y propone realizar un "salto de calidad" para el efecto de individualizar en la identidad personal el complejo de características que concurren a la formación de la personalidad, tales como las experiencias pasadas, las aspiraciones y convicciones ideológicas, políticas y morales de cada persona (67).

Zeno-Zencovich manifiesta que la identidad personal, como proyección pública de la personalidad del sujeto, no puede limitarse a los datos registrales o al status del individuo. La noción de identidad debe extenderse al complejo de las actividades y al patrimonio cultural e ideológico de la persona (68).

Resulta interesante la diferencia que encuentra el autor entre identidad personal y el derecho al nombre. Señala, de este último, su unidimensionalidad, lo que lo hace inmodificable, salvo el caso debidamente justificado y autorizado de su cambio. Contrariamente, el transcurso del tiempo hace posible la natural evolución de la identidad personal. La personalidad no se congela, ya que es fluida en tanto expresión de la vida viviente.

(66) P. Rescigno, *cit.*, pág. 189.

(67) M. Dogliotti, "Le persone fisiche", *cit.*, pág. 99.

(68) V. Zeno-Zencovich, "Onore e reputazione nel sistema del diritto civile", *cit.*, pág. 343-344.

La vida de la persona, su existencia, es lábil, dinámica, es un constante proceso de quehaceres, de autocreación, que favorece o posibilita un viraje ideológico, político e, inclusive, un rechazo, un desconocimiento y repudio de actitudes, características y experiencias pasadas, por no representar más las actuales convicciones o aspiraciones de la persona.

No todos comparten a plenitud los puntos de vista expuestos en precedencia. En un reciente volumen escrito conjuntamente por Bigliazzi Geri, Breccia, Busnelli y Natoli (69), se lee que si bien la identidad personal se distingue por peculiares connotaciones de orden moral, cultural, ideológico, expresan que la identidad personal encuentra su núcleo central en la tutela del nombre, pues éste "resume con la máxima simplicidad la personalidad individual". Sin embargo, líneas abajo reconocen que la identidad no se agota en el nombre y, al lado de este, enumeran otras expresiones que la componen y que la ley tutela, como son la identidad sexual, el derecho de autor, la imagen.

Tommasini sostiene, con acierto, que la identificación de la persona que se manifiesta a través de los signos distintivos, tiene que ver con la identidad estáticamente considerada, prescindiéndose de una visión global, sintética y dinámica, que es la que corresponde al acervo cultural e ideológico de la persona en su proyección social.

Estimamos, por nuestra parte, que la identidad personal comprende ambos aspectos: el estático, que tiene que ver con los signos distintivos y con la existencia material y la condición legal o registral del sujeto (nombre, seudónimo, etc.), y la dinámica, que es el conjunto de características y rasgos de indole cultural, política, psicológica, moral de la persona, aunque advertimos que en la actual doctrina, por el afán de diferenciar ambas facetas, se tiende a reservar la noción de identidad personal para designar esta vertiente espiritual y mudable del sujeto.

5.2. Identidad personal y derecho a la imagen.

La imagen constituye también uno de los signos distintivos de la persona. En ella prevalecen los rasgos físicos, la efigie del sujeto, lo exterior y fácilmente perceptible por los demás.

Es una figura que en sus rasgos fundamentales no varía de modo natural, salvo por la inaplacable erosión del tiempo. No nos referimos a los casos de desfiguración por accidentes o por efecto de la cirugía estética, pero aún en estas hipótesis la imagen no varía en lo substancial.

La imagen o perfil somático, a diferencia de la identidad personal (en su dimensión espiritual) es, además, reproducible por la fotografía.

La imagen es la mostración exterior de la silueta física, mientras que la identidad personal es la proyección social y dinámica de cada individuo, de su personalidad, de sus vivencias, de sus aspiraciones.

Sin embargo, ambas situaciones jurídicas subjetivas están estrechamente vinculadas. Por ser la imagen de la persona de fácil captación es que, a través de ella, pue-

(69) L. Bigliazzi Geri, U. Breccia, F. D. Busnelli y U. Natoli, "Il sistema giuridico italiano", "Diritto Civile I. Norme, soggetti rapporto giuridico", UTET, 1986, pág. 161-162.

de lesionarse, al mismo tiempo, el derecho a la identidad, como aconteció en el caso resuelto por el Pretor de Roma en sentencia de mayo de 1974 (supra 2.2.2.).

Dogliotti señala que la imagen se configura como signo distintivo esencial, destinado a representar la semblanza, el aspecto físico del sujeto. En relación a la identidad personal expresa que "en el pasado era frecuentemente confundida con la tutela de los signos distintivos de la persona (nombre, imagen) que seguramente concurren a configurar la noción de identidad aunque no la agoten"⁽⁷⁰⁾.

La imagen, en síntesis, se erige como uno de los componentes de la identidad personal en su dimensión estática; por esta razón es que la jurisprudencia y la doctrina, al establecer las diferencias entre los conceptos de imagen e identidad, se refieren implícitamente a este último en su faceta dinámica o, como se ha dicho anteriormente, en su faceta, espiritual.

5.3. Identidad personal y derecho a la intimidad.

Las transformaciones que se vienen operando en la sociedad industrial o tecnológica han comportado como una de sus consecuencias el perfeccionamiento de los medios de comunicación y el extraordinario desarrollo de los instrumentos de "penetración" y "captación" de informaciones vinculadas a la vida privada de la persona en todas sus variadas manifestaciones. A ello contribuye, al lado de otros elementos, el cada vez más difundido uso de calculadores electrónicos, el empleo de sofisticados medios de escucha y espionaje audiovisual, la fabricación de micrófonos reducidos, hipersensibles y resistentes, la utilización de cámaras fotográficas diminutas, filmadoras dotadas de potentes teleobjetivos, así como la aplicación de rayos infrarrojos.

Frente a estos hechos, el derecho ha reaccionado tutelando el interés existencial identificado como vida privada o intimidad.

La protección de este "modo de ser" del sujeto cuenta con algunos antecedentes en la doctrina y jurisprudencia de los Estados Unidos de Norteamérica, en las cuales se le conoce como "privacy".

En el año 1890, dos estudiosos norteamericanos, Warren y Brandeis, publicaron un famoso ensayo que sirvió de punto de partida para ulteriores desarrollos⁽⁷¹⁾. No obstante, se considera que ya diez años antes un autor alemán, I. Kohler, había hecho alusión a "un derecho individual que protege el secreto de la vida íntima de la publicidad no autorizada".

La preocupación por el tema de la privacidad adquiere actualidad en Europa unas décadas después de que el fenómeno se había presentado en los Estados Unidos de Norteamérica.

En Italia se desataron prolongadas discusiones en torno a la sugerencia de incorporar el derecho a la intimidad al ordenamiento jurídico. Se debió a la elaboración jurisprudencial el que comenzara a tutelarse lo que se dio en llamar derecho a la "riservatezza" o reserva de la vida privada. En la doctrina no todos los autores expresaban su conformidad o, al menos, no dejaban de manifestar serias dudas.

(70) M. Dogliotti, "Le persone fisiche", cit., pág. 98.

(71) Se trata del famoso y divulgado estudio titulado "The right of privacy", en "Harvard Law Review", vol. IV, núm. 5, 1890, pág. 193.

En favor de la identificación de un interés existencial relativo a la intimidad y a su consiguiente protección, se mostraron, entre otros, De Cupis, Carnelutti, Ligi, Ravá, Ascarelli. En situación de oposición y negación se mantuvo Pugliese, mientras que Giacobbe, Ondeí y Carozza expresaron una actitud crítica.

También en Francia se despertó un profundo interés por el tema. Las obras de Roger Merson, Raymond Lindon y Pierre Kavser, de los años 70, condensan una valiosa contribución. El combinado esfuerzo de doctrina y jurisprudencia culmina en la promulgación de la ley 70/643, del 17 de julio de 1970, la que mediante su artículo 22 modifica el artículo 9 del Code Civil e introduce en su texto el derecho "al respeto de la vida privada", facultando al juez para que, sin perjuicio de la reparación del daño sufrido, pueda dictar diversas medidas tendientes a impedir o hacer cesar los atentados dirigidos contra la vida privada.

El derecho a la intimidad es la respuesta jurídica al interés existencial de la persona de lograr un ámbito en el cual pueda desarrollar, sin intrusiones ni ingerencias de los demás, su vida privada, libre de controles, espionajes, curiosidades. Se trata de aquellas actividades y actitudes que carecen normalmente de trascendencia social. Es así intolerable para la tranquilidad espiritual, para la paz interior, para el equilibrio psicológico, estar sometido a todo tipo de intrusiones en relación con aquello que sólo tiene un particular interés para la persona o su familia.

Novoa Monreal señala tres elementos típicos que integran la noción de privacidad. En primer término, debe tratarse de manifestaciones que normalmente se sustraigan del conocimiento de personas ajenas al círculo de la intimidad; en segundo lugar, que el conocimiento de tales manifestaciones de parte de terceros provoque en la persona un estado de perturbación moral al ver afectado su sentido del pudor o del recato; finalmente, que el sujeto no quiera que los demás tomen conocimiento de aquellos hechos (72). La definición ofrece aspectos discutibles, pero constituye una importante hipótesis de trabajo.

No puede perderse de vista, como lo anota Ferreira Rubio, que la noción de vida privada es relativa; sus alcances, sentido e interpretación, "varía de una época a otra, de un lugar a otro, y aún presenta variantes personales en ciertas ocasiones" (73).

En lo que atañe a la identidad personal, el interés jurídicamente tutelable es el de la "mismidad" del ser humano, su personalidad desplegada a través de conductas, actitudes, opciones de vida, características, atributos, opiniones realmente vertidas. Es decir, se protege lo que se suele designar como aquello que constituye el patrimonio ideológico-cultural considerado latamente, en su máxima amplitud, en sus varias expresiones y realizaciones.

La distinción entre las nociones de intimidad, de una parte, y de identidad personal, es evidente desde que, como se puede colegir de lo expuesto en precedencia, cada una de estas situaciones jurídicas subjetivas se refiere a diversos intereses existen-

(72) E. Novoa Monreal, "Derecho a la vida privada y libertad de información", Siglo Veintiuno Editores, México, 2a. ed., 1981, pág. 49.

(73) D. G. Ferreira Rubio, "El derecho a la intimidad. Análisis del artículo 1071 bis del Código Civil", Ed. Universidad, Buenos Aires, 1982, pág. 54.

ciales cuya protección jurídica exige la persona. La intimidad, como anota Zeno-Zencovich, tiene que ver con el complejo de los asuntos privados del sujeto, los que se sustraen, precisamente por ese carácter, de la ajena intrusión. La calidad de asuntos privados, propios de la esfera de la intimidad, son aquellos mayormente irrelevantes al público, salvo los casos específicamente enmarcados por la ley.

La identidad personal, en cambio, consiste en un conjunto de conductas referidas a la actividad pública del sujeto, que atañen a su proyección social. Es aquello que no permanece en la reserva de la vida privada, sino que se proyecta al exterior.

Como señala Zeno-Zencovich, estas dos vertientes de la persona contienen aparentes contradicciones de la personalidad, en cuanto la persona, por un lado, "quiere permanecer escondida, al reparo de ingerencias externas y, de la otra, desea manifestarse hacia el exterior con la máxima claridad posible" (74).

No obstante, entre el derecho a la identidad personal y el derecho a la intimidad existe, como no podía ser de otra manera, puntos de convergencia, "en particular ahí donde la combinación de datos, reservados o no, permiten una radiografía de un sujeto, poniendo en evidencia su identidad". Ello, como señala Zeno-Zencovich, puede ocurrir sobretodo, en relación con el uso de calculadores electrónicos en los que se recoge información de tal género (75).

5.4. Identidad personal y derecho al honor.

El derecho al honor y a la reputación tutelan intereses personales contiguos pero no coincidentes con aquel que es el contenido de la situación jurídica subjetiva atinente a la identidad individual.

Una distinción de carácter general y pragmática entre el derecho a la identidad y los derechos al honor y a la reputación radica, según De Martini, en que estos últimos son objeto de una especial tutela la cual, esencialmente es de orden penal. La violación de los derechos al honor y a la reputación origina, normalmente, sanciones de ese carácter. En estos casos está presente un interés de orden público y se requiere de una conducta dolosa. El delito subsiste, por ello, aún cuando el sujeto no se sienta agraviado.

De otro lado, como señala el mismo De Martini, tanto los intereses personales relativos al honor como a la reputación, son también tutelados aún en la eventualidad que los hechos en que se sustancia el agravio sean verdaderos (76).

El "modo de ser" o interés concerniente al honor, se instala en la dimensión de la subjetividad. El honor consiste en el sentimiento que tiene la persona en relación a su propia valía. Es la estima y respeto a la propia dignidad. Significa, por lo tanto, un momento referido a la autoestima personal. El honor encuentra sustento en la "cualidad moral que nos lleva al más severo cumplimiento de nuestros deberes" (77).

(74) V. Zeno-Zencovich, "Onore e reputazione nel sistema del diritto civile", cit. pág. 351.

(75) Ibidem, pág. 352.

(76) C. De Martini, "Spunti e riflessioni...", cit., pág. 147.

(77) Esta es una de las definiciones consignadas en el Diccionario de la Real Academia Española. Cfr., entre otros, J.M. Castán Vázquez, "La protección al honor en el derecho español", en Rev. Gen. de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1957; V. Zeno-Zencovich, "Onore e reputazione nel sistema di diritto civile", cit.

Si el honor es un sentimiento que tiene que ver con la estima de nuestra propia dignidad, la identidad personal, en cambio, atiende a la proyección social de la personalidad en su plenitud de verdad. En la identidad personal asistimos a un momento prevalentemente objetivo en cuanto ella se refiere a la percepción externa a cargo de terceros, que se da y se tiene de la persona.

Es posible, de otro lado, que ambos intereses puedan ser lesionados a través de un solo acto, sin que por ello lleguen a confundirse.

Una adicional nota distintiva es aquella que consiste en que, para que se produzca una lesión a la identidad personal no se requiere que la inexactitud en cuanto a la "verdad personal" signifique una alteración de índole negativa, en desmedro de la calidad de la persona. Una simple alteración substancial de algún atributo, aún cuando resulte favorable para el sujeto, supone una lesión a la identidad. En cambio, tratándose del honor es indispensable que se ofenda el sentimiento del propio valor personal, lo que significa estar ante la presencia de una nota de carácter negativo.

5.5. Identidad personal y reputación.

El interés que atañe a la reputación no es el mismo que se protege respecto del honor.

El honor es una situación jurídica subjetiva vinculada a la estima que la persona tiene de sí misma, en la que se prescinde de la valoración que los demás puedan tener del mismo individuo.

La reputación, por el contrario, atiende a la valoración que de la persona tienen los "otros" en el ámbito de la comunidad. Es un juicio crítico que los demás elaboran en torno de cierta persona. Es lo que se conoce como la "fama" o "imagen social". A diferencia del honor, trasciende el plano de la subjetividad personal.

La conexión entre el honor y la reputación es del todo sutil. Quizá podríamos referirnos a ellos como las dos caras de una misma medalla. Es por ello muy difícil precisar en qué momento se ofende la reputación y cuándo el honor. Sin embargo, es posible que se lesione la reputación imputando al sujeto hechos falsos y desvaliosos, a la vez, sin que por ello se agrave el honor precisamente porque la persona, al conocer de la inexactitud de los hechos que se le atribuyen, no ve mermada su propia valía.

El carácter propiamente social de la reputación hace que se encuentre íntimamente ligada a la identidad personal. Pero, a pesar de esta conexión, es posible trazar una relativa línea de confín entre ambas situaciones jurídicas subjetivas.

La identidad personal se constituye por la proyección de la personalidad del sujeto y por el conocimiento que de ella tienen los demás. Es decir, nos encontramos frente a un problema de orden gnoseológico, que atañe al conocimiento de lo que representa y significa la persona en la vida de relación. En el caso de la reputación, por el contrario, lo prevalente no es la presencia de un elemento gnoseológico, sino la valoración que de la persona se forja la colectividad. Se trata de una apreciación axiológica, de un juicio crítico. Pero, por cierto, no se prescinde de la verdad. En síntesis, además de la verdad, se tiene presente la valoración de la persona a cargo de terceros.

5.6. Identidad personal y derecho de autor.

El derecho personal o moral de autor denota estrechos vínculos con la situación jurídica subjetiva referida a la identidad personal. La doctrina advierte, sin excepción, esta íntima conexión en tanto la obra del intelecto, la creación humana, resulta ser un momento de alta y significativa expresión de la personalidad, de la proyección social de lo que cada sujeto es en sí mismo.

A través de la obra del ingenio o del sentido artístico se identifica a la persona. En el caso del derecho de autor se tutela tanto la paternidad como el contenido de la obra intelectual, la integridad de ésta. Por ello no puede ser alterada, ni modificada en forma alguna sin la autorización del autor.

Toda creación artística o intelectual es un elocuente índice revelador de la personalidad del autor. Este se identifica con su obra y, a su vez, ella lo identifica en la sociedad en cuanto es una dimensión de su proyección comunitaria. Por esta razón, al tutelarse la autoría se protege, contemporáneamente, la identidad personal.

Un sector de la doctrina afirma que la protección de la calidad de autor no es un fin en sí mismo, sino que adquiere relieve en el sentido de ser una calificación del sujeto. De ahí que el derecho a la paternidad de una obra sea instrumental en relación con el interés consistente en la calificación personal del autor.

Por este último ligamen es que se justifica el hecho de que el autor pueda modificar su obra cuando ella no refleje más sus convicciones, su pensamiento o concepción del mundo, su carga ideológica actual. En esta eventualidad la creación del intelecto sufre alteración en su contenido.

Pero también puede presentarse la hipótesis, de suyo excepcional, en la que el autor decida tomar como medida extrema el retiro de la obra de la circulación, por considerar intolerable la difusión de la misma, por no representar más su personalidad y ser evidente la disociación espiritual entre él y su creación.

Esta contingencia, contemplada en el artículo 34 de la ley 13714, es una demostración del carácter dinámico, lábil, de la identidad personal; de hecho que la personalidad se forja con el correr del tiempo, en un ininterrumpido proceso de desarrollo y perfección del bagaje ideológico, cultural y moral del sujeto.

5.7. Identidad personal y derecho a la información.

Las más arduas discusiones en torno a la situación jurídica subjetiva relativa a la identidad personal se originan cuando los juristas afrontan la problemática referente a los reales o supuestos límites que tal situación impondría al derecho a la información, aspecto, éste, de la denominada libertad de expresión. Este espinoso asunto resulta ser, para un sector de la doctrina, un factor que genera graves dudas en cuanto a los alcances y linderos teóricos del derecho a la identidad, los mismos que, según dichos autores, no habrían sido total y satisfactoriamente esclarecidos a la fecha.

Un sector más radical niega, por esa supuesta limitación, la autonomía del derecho a la identidad personal o, al menos, propugna su dependencia con relación a la libertad de expresión.

Esta situación representa, sin duda, un problema complejo que revela un inoculable conflicto entre el interés, prevalentemente individual, que corresponde a la

identidad personal, y el interés, preponderantemente público, relativo a la circulación de las informaciones y al consiguiente control social que de ella emerge.

Se trata de dos intereses dignos de tutela, lo que obliga a la nada fácil tarea de conciliar ambas exigencias. Lo cierto es que el derecho a la información implica, por ser una situación jurídica subjetiva, la presencia no sólo de una facultad para informar por parte del titular del derecho, sino, simultáneamente, la de un deber de brindar una información veraz, oportuna, seria, inspirada en los principios éticos dominantes y de acuerdo con el orden público. El cumplimiento del tal deber lo pueden exigir los destinatarios de la información sobre la base de lo que un importante sector de la doctrina ha denominado "interés difuso" que no se identifica ni con el interés individual ni con el interés social, ya que se trataría de un interés de diversa naturaleza⁽⁷⁸⁾.

Es importante tener en cuenta que, a nivel de los medios de comunicación, se suele distinguir entre la información objetiva de un acontecimiento y el comentario a propósito de él, pues esta diferenciación coadyuvaría, en cada caso, a establecer la lesión de la identidad personal o de la reputación.

La identidad personal y el derecho a la información deben tutelarse en un plano de igualdad jurídica. No puede postularse la protección de aquella de manera residual o negativa; residual en el sentido que la protección de la identidad se de allí donde terminan los confines de la libertad de información; y negativa en tanto se tutele la pretensión del sujeto que se ve afectado en su verdad personal cuando se abusa del derecho a la información.

Es menester tener presente que el interés que se tutela como identidad personal no es aquel de matiz subjetivo que la persona tiene de sí misma. No se trata de aceptar, sin más, la pretensión psicológica o mental del sujeto que sustenta su identidad en una exclusiva visión individual. Por el contrario, lo que resulta del todo inobjetable es que la identidad debe apoyarse fundamentalmente en elementos objetivos, en comportamientos y situaciones explícitas, en manifestaciones externas de la personalidad.

Este dato disipa, en gran medida, el posible contraste entre los derechos bajo estudio. Empero, resultaría prematuro, en el estado actual de la cuestión, aventurar un balance definitivo de la problemática.

En la doctrina, pese a que existe un grupo de autores como Fois, De Martini y Auteri⁽⁷⁹⁾ que han formulado diversos reparos al derecho a la identidad personal, se va asentando la tendencia a tutelar autónoma y contemporáneamente ambos intereses, buscando un punto de equilibrio.

No se descarta la presencia de ciertos riesgos y las dificultades que se suscitan en la práctica al intentar transcribir normativamente la compatibilización de los dos derechos subjetivos. Pero los riesgos pueden disminuir a medida que se consiga madurez cívica, desarrollo cultural, sensibilidad democrática, amor a la libertad y estabilidad socio-económica.

(78) E. Roppo, *ob. cit.* en nota (57), pág. 32 y 33.

(79) Ver notas (60) a (65).

Todo lo expuesto lleva a decir a Scalisi que "la garantía de los derechos de información y de crónica no es proponible ni concebible en términos alternativos o, aún peor, de antitesis respecto a la cuestión de la tutela a la identidad personal y viceversa"⁽⁸⁰⁾. Observa el autor que no se trata de privilegiar uno u otro principio, sino de encontrar un justo equilibrio en la tutela que debe dispensarse a ambos intereses. De igual parecer es Cendón⁽⁸¹⁾.

Estas razones aconsejan no partir del prejuicio de catalogar al derecho a la identidad personal como un límite de la libertad de información. La verdad personal y su protección es una exigencia que el legislador y el Estado deben atender, sin desconocer que el derecho a la expresión del pensamiento se yerge como una de las más preciosas conquistas de nuestra cultura y el sustento de todo régimen democrático.

La protección armoniosa, independiente y simultánea de ambos intereses parece ser la posición más coherente y adecuada a las aspiraciones del hombre-comunitario.

6. Identidad del sujeto colectivo.

Uno de los temas que mayor inquietud ha despertado entre algunos juristas es el concerniente a la posibilidad de extender al grupo, a una colectividad, la misma protección que se otorga a la persona individual en el área de los derechos de la personalidad. Se trata en ese caso de grupos como la familia, la asociación, la sociedad, el partido político, entre otros.

En lo que atañe específicamente al derecho a la identidad personal, los juristas se preguntan si es posible tutelar también la identidad de dichas colectividades actuantes en la realidad. El problema fundamental es el de precisar si tal protección corresponde sólo a la persona que integra el grupo o si también se puede reconocer a este último una determinada identidad "colectiva", es decir, si debe tutelarse la paterinidad de las acciones que lo definen y los principios que lo inspiran. Esta situación se hace más ostensible tratándose de partidos políticos o de minorías étnicas o lingüísticas.

En páginas precedentes (supra 2.2.4.) hemos analizado una importante sentencia pronunciada por el Juez de Roma, de 2 de junio de 1980, por la que se afirmaba la existencia de un interés relativo al reconocimiento de la identidad de un sujeto colectivo. En ese caso, como se puede apreciar, se trataba de reparar una lesión de la identidad política de un grupo parlamentario de un determinado partido representado en el Parlamento.

En lo que respecta al asunto propuesto, se suele citar también una sentencia de la Corte Suprema de Italia⁽⁸²⁾ mediante la cual se ampara la acción interpuesta por la Orden de Periodistas de Palermo en defensa de un sector de sus agremiados. En este fallo se argumenta que es legítimo el que la Orden accione autónomamente para el efecto de tutelar la actividad periodística de sus agremiados, de agresiones o difama-

(80) V. Scalisi, cit., pág. 124.

(81) P. Cendon, "L'esperienza francese in tema di informazione" en "L'informazione e i diritti della persona", cit., pág. 317.

(82) Esta sentencia tiene el número 3955 y es de fecha 24 de abril de 1979.

ciones. Tommasini, refiriéndose a tal pronunciamiento, aclara que a pesar de que el fallo no alude específicamente a la identidad sino que es más bien un caso relacionado con actitudes difamatorias, la motivación de dicha sentencia puede extenderse a situaciones en que se trata de proteger la identidad.

Se advierte además, de que dicho pronunciamiento no se refiere a la identidad del grupo, sino que el hecho concierne a la tutela de un sector de sus miembros. Lo que se propone a la reflexión es si tratándose de una exigencia de verdad, la colectividad puede actuar legítimamente en defensa de la identidad de sus miembros, la misma que se confunde con la del grupo. Es decir, si se extiende al individuo, la identidad de la colectividad.

Giacobbe ha analizado el problema en un ensayo⁽⁸³⁾ en el que comprueba la significativa evolución de la jurisprudencia italiana en lo que toca a la tutela del grupo.

Según Giacobbe es posible identificar en la jurisprudencia una orientación unívoca y precisa en el sentido que, en los tiempos que corren, los grupos políticos-sindicales no sólo persiguen fines específicos como sería lograr la captura del poder o mejoras salariales. Dichas colectividades pretenden también obtener adhesiones ideológicas en función de una determinada línea política, en la más amplia acepción del vocablo. Esta agregación ideológica es, precisamente, la que identifica al grupo en la dialéctica de las fuerzas políticas y sociales. Es aquí donde surge el problema de la tutela de la identidad colectiva, ya que un grupo, sobretodo político, es portador de un patrimonio ideológico y de acciones políticas, a través del cual se identifica dentro del conjunto de fuerzas sociales.

Los autores que en Italia admiten la identidad del grupo como un interés tutelable, fundamentan tal protección en los artículos 2 y 18 de la Constitución de su país. El primero prescribe la tutela de la persona no sólo en su individualidad sino también en su despliegue existencial dentro de las formaciones sociales a las cuales pertenece. Este artículo encuentra su razón de ser en la estructura coexistencial de la persona.

El artículo 18 prescribe la libertad de asociación la que, según Giacobbe, si de una parte significa un límite a la intervención del Estado, de la otra contiene una precisa dirección legislativa en el sentido que debe brindarse al grupo una adecuada tutela en lo que a su identidad se refiere.

(83) Nos referimos al ensayo sobre *"Il diritto alla identità personale dei gruppi organizzati; riflessioni sulla elaborazione giurisprudenziale"* en *"Il diritto alla identità personale"*, cit., pág. 110 y sgtes. Sobre el argumento se han pronunciado otros autores, entre los que cabe recordar a P. Rescigno en *"Conclusioni"*, cit., pág. 189; R. Tommasini, cit., pág. 87; P. Auteri, *"Diritto alla paternità dei propri atti e identità personale"* en *"Il diritto alla identità personale"*, cit., pág. 101-102; B. Alpa, cit., pág. 21; L. Boneschi, *"L'informazione come essenza della democrazia moderna: la strada della disciplina giuridica per difendere i valori della persona e per attaccare il potere dei mezzi di comunicazione"* en *"L'informazione e i diritti della persona"*, cit., pág. 8.

7. La identidad personal en el ordenamiento jurídico peruano.

La tutela de la identidad personal, a nuestro entender, no ofrece ninguna dificultad tratándose de ordenamiento jurídico nacional. Ello a pesar que no existe, ni en la Constitución ni en el Código Civil, norma expresa alguna que tipifique esta situación jurídica subjetiva.

Sin embargo, se cuenta con algunos preceptos que deben analizarse. En primer término, el inciso 6 del artículo 253 de la Constitución, el mismo que señala que no se puede dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tal caso deben aplicarse los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiren el derecho peruano. Esta norma es recogida por el artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil.

Este dispositivo, que se inserta dentro de la tradición de la codificación comparada en el área del sistema romano-germánico, consagra una pluralidad de fuentes del derecho, entre las cuales la ley tiene lugar prioritario, sin que por ello sea la única. En el ordenamiento jurídico peruano, como en ningún otro por nosotros conocido, no existe aún una norma que tipifique el derecho a la identidad. Pero ello no ha impedido que se reconozca, por la doctrina y la jurisprudencia, la patencia de un interés tutelable sobre la base del respeto a la "verdad personal", a ser "uno mismo", sin alteraciones ni distorsiones.

El principio general aplicable, en ausencia de norma específica que en nuestro ordenamiento proteja la identidad, lo encontramos, sin mayor esfuerzo, en el artículo 4 de la Constitución de 1979. Este artículo, que es ejemplar dentro del constitucionalismo comparado, encierra el principio general de tutela unitaria e integral de la persona. En esta norma, que opera como cláusula general y abierta, los jueces tienen el fundamento para proteger cualquier interés de la persona ante la presencia de una laguna legal.

El dispositivo en mención de extraordinaria amplitud, expresa que la enumeración de los derechos de la persona, reconocidos en el primer capítulo "no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que derivan de la dignidad de la persona, del principio de soberanía del pueblo, del Estado social y democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno".

La atenta lectura de este artículo nos lleva a la convicción que el juez peruano cuenta con el principio general del derecho que requiere para proteger integral y unitariamente al ser humano cuando algún interés existencial deriva de su dignidad.

No obstante la existencia de una cláusula general de rango constitucional a la cual nos hemos referido, es preciso señalar que, mediante lo prescrito en el inciso 5 del artículo 2 de nuestra Constitución es también posible tutelar, aunque limitadamente, la identidad personal. El citado inciso considera que son derechos de la persona el honor y la buena reputación, la intimidad personal y familiar y la propia imagen. Pero, al lado de estas figuras jurídicas, en punto seguido, agrega que: "Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agraviada en su honor por publicaciones en cualquier medio de comunicación social, tiene derecho de rectificación en forma gratuita, sin perjuicio de la responsabilidad de ley".

El inciso 5 del artículo 2 consagra el derecho subjetivo de la persona afectada a impedir u oponerse a la publicación de "afirmaciones inexactas". Este derecho no se confunde con aquel que tutela el honor o la reputación. Ello se desprende del propio texto cuando utiliza la disyunción "o" entre "afirmaciones inexactas" y "agraviada en su honor".

Si las noticias inexactas no lesionan ni su honor, ni su reputación, ni su intimidad, comprendemos que lo que se puede afectar es nada menos que su propia identidad personal. Las "afirmaciones inexactas", que son falseamientos de la "verdad personal", afectan la identidad. No otra cosa puede lesionarse de esta manera.

No sabemos si el constituyente, al redactar este numeral, tuvo conciencia o no del hecho de establecer una nueva situación jurídica subjetiva. Pero parece haberlo intuitido desde que dispuso el derecho a oponerse a las noticias inexactas que pudieran afectar a la persona. Quizá pueda reprocharse que de la Constitución no se deduzca, con claridad, qué interés existencial se tutela en aquella parte del inciso 5 del artículo 2 a la que nos hemos referido. Sin embargo, a ello cabría responder que no es tarea de la Constitución el desarrollar y reglamentar los derechos de la persona. Esta función es propia del Derecho Civil, como lo demuestra la historia y la razón de ser de este tipo de cuerpos normativos.

Pese a lo expuesto, la protección de la identidad personal se ve restringida por algunas circunstancias. Si bien el inciso 5 del artículo 2 de la Constitución dispone que la persona afectada por afirmaciones inexactas tiene derecho a la rectificación en forma gratuita, sin perjuicio de la responsabilidad de ley, no existe en nuestro ordenamiento jurídico norma alguna que regule tal derecho de rectificación, que lo reglamente, por cuanto se carece de una ley de prensa, como existe en otros países democráticos.

Esta realidad genera que en muchas ocasiones la publicación de la rectificación se haga en forma tardía, en espacios reducidos y en secciones de menor trascendencia que en aquella en la cual se publicó la noticia inexacta, al margen de quedar su difusión a cargo del arbitrio del responsable del medio de comunicación.

Otros medios viables para la protección de la identidad los ubicamos en las normas aplicables al nombre, que se podría invocar analógicamente, como en el caso de la contestación o usurpación del nombre. Habría que recordar también lo prescrito en el artículo 17 del Código Civil, cuando señala que frente a la violación de cualquier derecho de la persona, ésta puede exigir "la cesación de los actos lesivos". En todo caso, el juez queda en libertad para encontrar, por vía analógica, cualquier otro medio de tutela adecuado.

Como medida complementaria para reparar cualquier lesión a la identidad personal, se cuenta con el artículo 1985 del Código Civil. En este numeral se prescribe la reparación del daño a la persona, cualquiera que el fuere, incluyendo aquellos que son de carácter no patrimonial, o sea, carentes de significación económica.

Finalmente, es del caso citar la Ley 13714, sobre derechos de autor, en la que se encuentran diversos dispositivos que, sin mencionarlo, protegen la identidad personal del autor. Bastaría citar, al efecto, el artículo 34 de la referida ley, que faculta al au-

tor a retirar su obra de la circulación en el caso límite que ella no reflejase su pensamiento actual.

8. Problemática actual en torno al derecho a la identidad personal.

8.1. El sustento jurídico del derecho a la identidad personal.

Aún cuando en la actualidad asistimos a un evidente proceso de admisión del derecho a la identidad personal, que se origina en la patencia de un interés existencial que deriva de la dignidad de la persona -- y que se refiere a la protección de su "verdad histórica" -- subsisten algunas cuestiones polémicas y ciertas dudas que la doctrina viene analizando con el objeto de esclarecerlas.

Hemos apreciado como esta nueva situación jurídica subjetiva es tutelada, en la jurisprudencia de algunos países, sobre la base de principios generales de rango constitucional que funcionan como cláusulas generales y abiertas. Es, entre otros, el caso de Italia, país cuya jurisprudencia y doctrina han identificado en el artículo 2 de su Constitución aquella cláusula general que permite la tutela integral y unitaria de la persona. El texto de dicho numeral ha servido de fundamento al derecho a la identidad y a su consiguiente protección. En lo que toca a su operatividad, los tribunales utilizan la vía analógica aplicando las disposiciones relativas al derecho al nombre.

En lo que atañe al Perú, el artículo 4 de la Constitución funciona como cláusula general que posibilita se ampare cualquier interés que derive de la dignidad del ser humano, aun cuando se carezca de una norma expresa que aluda a dicho "modo de ser" mediante un específico y reconocido derecho subjetivo. Aun más. Hemos encontrado que en el inciso 5 del artículo 2 de la Constitución, sin nominarlo, se tutela la identidad, al permitirse la rectificación de "afirmaciones inexactas" sobre la "verdad personal" (supra 7).

No obstante lo expresado, debe considerarse, a título de cuestión previa, que al hacer alusión al interés correspondiente a la identidad personal, nos referimos nada menos que al específico caso de protección del bien supremo del derecho, constituido por la persona humana, por el sujeto de derecho. Es conveniente aclarar, una vez por todas, que el valor en que consiste la persona no puede ser tratado, manipulado y tutelado jurídicamente utilizando las categorías e instrumentos que tradicionalmente se reservan para la protección de los bienes patrimoniales. Por su especial calidad ontológica, por su carácter de centro y eje del derecho, por su dignidad, que se colige de ser libre y creador, la persona humana reclama un peculiar instrumental jurídico y un tratamiento acorde con su naturaleza.

El planteamiento de fondo, previo y genérico, que acabamos de exponer nos lleva al convencimiento de la escasa utilidad de vincular, necesariamente, la tutela de los derechos de la persona a normas atributivas de verdaderos y propios derechos subjetivos. En este sentido se orienta un sector de la doctrina que estima que la tutela de la persona ha de ser unitaria e integral, por lo que no puede estar sujeta a la ineludible presencia, en el ordenamiento jurídico, de derechos subjetivos a la tradicional usanza del derecho patrimonial. Bastaría citar a Perlingieri y Busnelli, entre otros juristas cuya doctrina, de raíz personalista, está a la vanguardia en esta materia.

Aun cuando todavía un mayoritario sector de los autores no logra desprenderse del utillaje tradicional para la protección del sujeto de derecho, debido a su formación intelectual de corte individualista y patrimonialista, resulta alentador destacar el rol que ha asumido la jurisprudencia para tutelar a la persona.

La tutela de la persona, además, no sólo debe ser integral y no estar subordinada a la existencia precedente de derechos típicos alojados en el ordenamiento, sino que también ella debe ser unitaria. Esta observación se sustenta en el hecho que la persona es, en sí, un valor unitario. Esta realidad ontológica nos fuerza a comprender que los múltiples intereses existenciales que podemos identificar son sólo aspectos o facetas de la personalidad, todos los que deben reconducirse siempre a la inescindible unidad del ser humano. Por ello se advierte (supra 5.1.) la interdependencia de los derechos de la personalidad.

La inocultable realidad unitaria del ser humano propicia cierta dificultad para distinguir teóricamente, con pristina claridad, cada uno de los intereses o "modos de ser" de la persona. Las interferencias se presentan con inusitada frecuencia. La lesión de un derecho, inclusive, puede producirse a través de otro que le sirve de medio o, como suele acaecer, se lesionan varios intereses existenciales íntimamente emparentados.

La elaboración jurisprudencial de la situación jurídica subjetiva designada como identidad personal exige también una toma de posición frente a las teorías que existen sobre los derechos de la persona. De un lado, está aquella sostenida mayoritariamente que señala la presencia de una pluralidad de derechos de la persona; del otro, la sustentada por algunos pocos autores, que aseveran la existencia de un único derecho de la personalidad, el que integra y conjuga a todos los tradicionales derechos de la personalidad.

Como tesis alternativa frente a la disyunción planteada, se yergue aquella que, compartida por nosotros, al sustentarse en la estructura unitaria del ser humano, considera que la persona merece una tutela acorde a su realidad, es decir, unitaria e integral, basada sobre principios constitucionales como es el caso del artículo 2 de la Constitución italiana, del artículo 10 de la española y del numeral 4 de la del Perú.

Esta última tesis sostiene, sin embargo, que si bien la persona es un valor unitario, no se puede deducir de ello la existencia de un solo derecho de la personalidad. La tutela unitaria que reclama la persona no impide que el ordenamiento jurídico, conforme la doctrina y la jurisprudencia vayan identificando singulares intereses dignos de protección, les brinde reconocimiento y desarrollo normativo mediante la creación de sendos derechos subjetivos. La anterior afirmación conduce a la conclusión que los derechos de la persona no conforman un catálogo cerrado y acabado, debido a la posibilidad de conductas o "modos de ser" inéditos del sujeto que merezcan ser amparados. No se puede, por ello, sostener la necesaria tipicidad de los derechos de la persona, en razón que ella requiere de una tutela integral, unitaria y oportuna aun antes de la elaboración dogmática de un nuevo derechos subjetivo y de su concreción normativa. Pero, de otra parte, carece de asidero propugnar, por innecesaria, la configuración de un solo y exclusivo derecho de la persona, que abarque la

tutela de una multiplicidad de intereses existenciales. Por el contrario, resulta conveniente, por razones pragmáticas, el desarrollo normativo de los intereses existenciales que se van reconociendo con el correr del tiempo. Ello facilita la interpretación y la aplicación del derecho, sin contradecir el principio de la tutela unitaria e integral de la persona, en cualquier circunstancia y oportunidad, aún en la hipótesis de específicos derechos subjetivos.

8.2. Otros aspectos problemáticos sobre el derecho a la identidad personal.

Uno de los más delicados problemas vinculados con esta nueva situación jurídica subjetiva es el que concierne al contenido y a los límites que le corresponde, sobre todo al relacionarse con los demás derechos de la personalidad que le son particularmente afines, como es el caso del derecho a la información.

Esta preocupación ha llevado a algunos juristas a rechazar la autonomía o la existencia del derecho a la identidad personal, especialmente cuando se le califica como un "límite" a la libertad de expresión del pensamiento.

No obstante, los recientes pronunciamientos jurisprudenciales y la elaboración técnica por parte de la doctrina han determinado que los confines del derecho a la identidad personal se vayan esclareciendo. En otro lugar hemos revisado ya la problemática relativa al ámbito de esta situación jurídica subjetiva y de aquellas otras que le son vecinas (supra 5).

Una segunda cuestión se relaciona con las dos verdades que pueden darse en materia de identidad, la una subjetiva, la otra objetiva, que pueden coincidir o diferir. Cuando se presenta esta segunda hipótesis surge el problema sobre cuál de ellas es la "verdad" que debe tutelarse.

Como se ha señalado anteriormente, la verdad subjetiva es la aparente, la proyección que el sujeto pretende difundir, pero que no coincide con la "verdad histórica".

La verdad que tutela el derecho es la "objetiva", no obstante que existen algunas voces dubitativas, pues ésta se basa en hechos ciertos, históricamente comprobables, en opiniones realmente vertidas, en ideas efectivamente expresadas. Los deseos o pensamientos que no trascienden el mundo de la subjetividad son ajenos al concepto de identidad en tanto carecen de proyección social.

Otro punto polémico en sede de identidad personal es el que se vincula con su variación o cambio con el transcurso del tiempo. Esto es posible y hasta inevitable. Como con certeza anota Rescigno no se puede desconocer "la libertad de repensamiento, de rechazo de ideas antiguas, la posibilidad de renegar y hasta de traicionar" (84).

Esta particular característica de la identidad personal se justifica en la medida que la persona es un ser libre; libertad que conlleva la posibilidad de arrepentimiento, de desechar ideologías o creencias del pasado, sobre la base de una "nueva" concepción del mundo. Esta nota peculiar se condice con la impredecibilidad del ser humano. Algo de ello hemos observado al analizar la relación entre el derecho de autor y la identidad.

(84) P. Rescigno en "Conclusioni", cit., pág. 193.

El juez debe tener presente este aspecto dinámico de la identidad personal, a fin de evaluar la proyección de la personalidad sin congelar su explicitación en comportamientos o experiencias pasadas y dejadas de lado.

Otro de los debatidos y delicados problemas es el que tiene que ver con la identidad sexual. La realidad nos muestra sujetos, tanto de uno como de otro género, que sienten, honda y profundamente, pertenecer al sexo opuesto a aquel que biológicamente les corresponde. En estas personas, conocidas genéricamente bajo la denominación de transexuales, se presenta elocuente el caso de disociación entre el sexo biológico, con el que aparecen inscritos en el registro del estado civil, y el sexo psicológico. En estos sujetos no se registran anomalías en los órganos genitales, los que son normales en relación al género al que están originariamente adscritos.

El transexual "vive y siente" como una persona del género contrario al biológico. A este estado se sujetan sus actitudes, las mismas que permean su entera personalidad y se proyectan hacia el exterior. Su drama, su permanente insatisfacción y angustia, se refleja en la convicción de que en su caso se ha producido "un grave error de la naturaleza". De ahí el rechazo y el desagrado que experimentan en cuanto a su morfología sexual, lo que origina que su consiguiente obsesiva y firme decisión sea la de someterse a una intervención quirúrgica demoledora-reconstructiva que permita "adequar", hasta donde sea posible, sus órganos genitales exteriores a los del sexo al cual sienten pertenecer y según el cual piensan, actúan y se comportan cotidianamente. La culminación de este proceso es el de la inscripción en el registro bajo un nuevo sexo y un prenombre pertinente a la mutación sufrida.

En doctrina se debate sobre si es dable admitir, desde un punto de vista ético-jurídico, esta adecuación de los genitales exteriores al sexo psicológico. Algunos países en la actualidad cuentan con leyes que la permiten previo el cumplimiento de muy precisos requisitos. La generalidad de ellas exige que la persona sea mayor de edad, soltera e incapaz de procrear. La jurisprudencia es contradictoria y oscilante.

Suecia (1972), Alemania Federal (1980) e Italia (1982) son los países europeos que, bajo ciertas condiciones, admiten la posibilidad de un cambio de sexo y la consiguiente modificación del prenombre. Louisiana, Arizona, New York, Illinois y California son algunos de los Estados de América del Norte que admiten el cambio de sexo. Igual ocurre con ciertas provincias del Canadá y Sud Africa ⁽⁸⁵⁾.

En síntesis, no obstante que perduran cuestiones problemáticas en lo que concierne a la situación jurídica subjetiva atinente a la identidad personal, es imposible negar la presencia de un interés existencial que, vinculado con la dignidad de la persona, exige y requiere de adecuada protección jurídica.

Las dudas y perplejidades planteadas, que deberán ser esclarecidas a nivel de la doctrina, no han impedido que la jurisprudencia de algunos países, como se ha pue-

(85) Cfr., entre otros, P. D'Addino Serravalle-P. Perlingieri-P. Stanzione, "Problemi giuridici del transessualismo", E.S.I., Nápoles, 1981; C. Loré-P. Martini, "Aspetti e problemi medico-legali del transessualismo", Biuffrè, Milán, 1984; S. Patti-M. R. Will, "Mutamento di sesso e tutela della persona", CEDAM, Padua, 1986.

to de manifiesto en el presente trabajo, asuma con lucidez la tutela de la identidad personal en lo que a su vertiente dinámica se refiere, a pesar de carecerse de un específico derecho subjetivo.

Lo expuesto es demostrativo que, a pesar de la violencia contra la persona que impera en el mundo actual, el derecho no cesa de buscar y desarrollar nuevos principios y novedosas fórmulas de tutela del ser humano. Corresponderá a los hombres de nuestro tiempo hacerlos realidad y, al convertirlos en vivencias hondamente sentidas, adquieran plena eficacia en la vida comunitaria.

